DIE RECHTLICHE NATUR DER WANDLUNG.

INAUGURAL-DISSERTATION

DER JURISTISCHEN FAKULTÄT

DER FRIEDRICH-ALEXANDERS-UNIVERSITÄT ZU ERLANGEN

VORGELEGT VON

ALBERT PFEIFFER

AUS RHEINZABERN

PRAKTIKANT AM K. ALLGEM. REICHSARCHIV ZU MÜNCHEN.

APPROBIERT AM 1. NOVEMBER 1904.

BORNA-LEIPZIG

BUCHDRUCKEREI ROBERT NOSKE

1906.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41542702_0084

DEM ANDENKEN MEINES LIEBEN VATERS!

MEINER LIEBEN MUTTER!

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Literaturverzeichnis VII
Einleitung 1
Aufbau der Arbeit 3
Die Entwicklung der ädilizischen Ansprüche 5
Die beiden Parteien 7
Die Restitutionstheorie 9
Die Vertragstheorie 33
Vergleichende Kritik der beiden Theorien 53
Die prozessuale Geltendmachung des Wandlungsanspruchs 60
Resultat 74
Nachtrag 76

Literaturverzeichnis.

Corpus juris civilis.
Jaeger, Das Bürgerliche Gesetzbuch mit Nebengesetzen.
Motive zu dem Entwurfe eines BGB.
Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfes eines BGB.
Zusammenstellung der gutachtlichen Aeußerungen zum BGB.
Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts (vgl. unten).
Jahrbücher für die Dogmatik des Privatrechts. Bd. 13, 27, 33.
Grünhuts Zeitschrift. Bd. 29.
Juristische Wochenschrift. Bd. 30, 31, 32.
Deutsche Juristenzeitung (zit. DJZ.). Jahrg. 1—8.

Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts. Herausgegeben von den Räten des Gerichtshofes.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen. Herausgegeben von den Mitgliedern des Gerichtshofes.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Gruchots Beiträgen. Bd. 24, 47.
Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts. Herausgegeben von Mugdan und Falkmann.

Bernhardi, Handwörterbuch zum BGB.
Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. 3. Aufl.
Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts.
Crome, Die partiarischen Rechtsgeschäfte.
Dernburg, Das bürgerliche Recht (zit. II, 2).
Dernburg, Pandekten. 5. Aufl.
Endemann, Einführung in das Studium des BGB. 5. Aufl.
Engelmann, Das alte u. das neue bürgerliche Recht Deutschlands 1899.
Enneccerus-Lehmann, Das bürgerliche Recht. 1898.
Fischer-Henle, Das Bürgerliche Gesetzbuch. 1897.
Gaupp-Stein, Die ZPO. für das Deutsche Reich. 1900.
Goldmann-Lilienthal, Das Bürgerliche Gesetzbuch. 1900.
Jäger, Grundriß der ZPO. (als Manuskript gedruckt).
Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum BGB. 1899.

Kuhlenbeck, Das Bürgerliche Gesetzbuch. 1899.
Leske, Vergleichende Darstellung des BGB. und des preußischen allgemeinen Landrechts. 1898.
Matthiaß, Lehrbuch des bürgerlichen Rechtes. 1899.
Müller-Meikel, Das BGB.
Neumann, Handausgabe des BGB. 1899.
Oertmann, Das Recht der Schuldverhältnisse. 1899.
Planck, Das BGB. 1897 u. 1900.
Petersen-Anger, Die ZPO.
Schollmeyer, D. Recht d. einzelnen Schuldverhältnisse. 1897. 2. Aufl. 1904.
Staub, Kommentar zum HGB. 1900.
Rudorff-Schäfer, Kommentar zum BGB.
Stammler, Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren. 1897.
Staudinger, Kommentar zum BGB. 1900.
Struckmann-Koch, Die ZPO.
Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechtes. 1900.

Balcke, Welche Rechte hat der Käufer von Gattungssachen bei Lieferung mangelhafter Sachen? Dissertation. Freiburg 1900.
Beith, Die Redhibition des gemeinen Rechts und die Wandlung des BGB. in ihrer rechtlichen Gestaltung, soweit es sich um die Form ihrer Geltendmachung (Vollziehung) handelt. Dissertat. Erlangen 1903.
Ehrlich, Die Gewährleistung wegen Mängel der Sache. Dissertation. Greifswald 1900.
Epping, Die Gewährleistung wegen Mängel der Kaufsache. Dissertation. Erlangen 1897.
Goudefroy, Die Gewährleistung wegen Mängel der Kaufsache. Dissertat. Rostock 1902.
Haßlacher, Die Haftung des Verkäufers f. Fehler u. Mängel. Dissertation. Erlangen 1897.
Kaufmann, Einfluß der Verfügung über die Kaufsache auf die ädilizischen Rechtsmittel. Dissertation. Rostock 1901.
Leistner, Haftung des Verkäufers wegen Mängel der Kaufsache. Dissertation. Erlangen 1900.
Mensing, Beiträge zur Lehre vom Wandlungs- und Minderungsanspruche. Dissertation. Bonn 1900.
Naefe, Gestaltung der Wandlung nach § 467 BGB. Dissertation. Jena 1900.
Rossi, Haftung für heimliche Mängel. Dissertation. Erlangen 1898.
Schernowsky, Die Bestimmungen des BGB. über die Haftung des Verkäufers verglichen mit den allgemeinen Bestimmungen über Unmöglichkeit der Leistung. Dissertation. Rostock 1901.
Stahl, Haftung des Verkäufers wegen Mängel der Kaufsache. Dissertation. Erlangen 1898.
Steinitz, Die Voraussetzungen der Rechte auf Wandlung und Minderung. Dissertation. Breslau 1901.
Stratmann, Vollziehung der Wandlung und Minderung. Dissertation. Rostock 1901.

Abhandlungen zum Privatrecht und Civilprozeß des Deutschen Reichs. Herausgegeben von Dr. Otto Fischer. Bd. 4.
Emerich, Kauf und Werklieferungsvertrag nach dem BGB. 1900.
Riezler, Der Werkvertrag nach dem BGB. 1900. Bd. 7.
Kleineidam, Unmöglicheit und Unvermögen nach dem BGB. 1900.
Kisch, Die Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen nach dem BGB. 1900.

Archiv für die civilistische Praxis. Bd. 69.
Stammler, Der Garantievertrag. Bd. 74.
Laband, Zum zweiten Buch des Entwurfes eines BGB. Bd. 78.
Crome, Die Gewährleistung wegen Abwesenheit vorausgesetzter Vorzüge der veräußerten Sache. Bd. 79.
Lenel, Nochmals die Lehre von der Voraussetzung. Bd. 80.
Kohler, Ungehorsam und Vollstreckung im Civilprozeß. Bd. 93.
Thiele, Die Vollziehung der Wandlung.

Sächsisches Archiv für bürgerliches Recht. Bd. 9.
Kloß, Gewährleistung wegen Mängel oder Fehler der Kaufsache.
Lobe, Die Vorschriften des deutschen BGB. über die Wandlung.

Gruchots Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts. Bd. 41.
Küntzel, Gewährleistung. Bd. 43.
Eccius, Die Gewährleistung wegen Mängel der Sache. Bd. 44.
Flechtheim, Aufhebungsanspruch und Einrede. Bd. 46.
Haymann, Zur Frage nach der rechtlichen Natur und prozessualen Behandlung des Wandlungsanspruches.
Schöller, Die Folgen schuldhafter Nichterfüllung, insbesondere der Schadensersatz wegen Nichterfüllung bei Kauf, Werkvertrag, Miete und Dienstvertrag nach dem BGB.

Berndorff, Die Gattungsschuld. 1900.
Hachenburg, Dienst- und Werkvertrag.
Hanausek, Die Haftung des Verkäufers. 1883.
Hellwig, Anspruch und Klagerecht. 1900.
Kipp, Verurteilung zur Abgabe von Willenserklärungen.
Langheineken, Anspruch und Einrede. 1903.
Levy, Die Gewährleistung für Mängel beim Werkvertrag. 1903.
Titze, Die Unmöglichkeit der Leistung.
Schroeder, Gewährleistung für Sachmängel beim Kauf. 1903.

Simeon, Recht und Rechtsgang im Deutschen Reich. 1901.
Wendt, Rechtssatz und Dogma. Jherings Jahrbücher Bd. 22.
Weyl, Vorträge über das BGB. Bd. 1.

Einschlägige kürzere Abhandlungen erschienen von:

Axhausen in der Juristischen Wochenschrift Bd. 29 S. 771 ff.
Flechtheim in der Deutschen Juristenzeitung VII S. 319.
Heuer in der Hanseatischen Gerichtszeitung 1901 Beibl. 14 S. 79 ff.
Heuer in der Zeitschrift Das Recht 1902 S. 97.
Kohn in Blätter für Rechtspflege im Bezirke des Kammergerichts 1899 S. 44.
Matthiaß in der Deutschen Juristenzeitung VII S. 205 ff.
Nissen in der Juristischen Wochenschrift Bd. 31 S. 565 ff.
Oertmann in der Zeitschrift Das Recht 1904 Nr. 1 u. 2 S. 4 ff. u. 29 ff.
Scherer in der Hanseatischen Gerichtszeitung 1901 Beibl. Nr. 22.
Werner in der Zeitschrift Das Recht 1902 S. 282.

Einleitung.

§ 1.

Ein viel und heiß umstrittenes Gebiet in unserem neuen Rechte sind die Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches über die Gewährleistung bei Kauf- und Werkvertrag. Ganz besonders die Frage nach der rechtlichen Natur der Wandlung hat neuerdings viele Federn in Bewegung gesetzt und eine lebhafte Debatte unter den Theoretikern des Rechtes hervorgerufen.

Der Brennpunkt dieser Frage ist in dem Schlagworte „Vertragstheorie" prägnant bestimmt. Nach der Vertragstheorie, die bis in diese Tage die vorwiegend herrschende Meinung geblieben ist, begründet das Wandlungsrecht für den Käufer einer mangelhaften Sache zunächst nur einen Anspruch darauf, daß der Verkäufer seine Einwilligung in die Aufhebung des Kaufes erkläre. Lobe[1]) war es, der zuerst diese Auffassung der Gesetzestextinterpretation in scharfsinniger Argumentation bekämpfte. Seitdem ist der Meinungenstreit darüber im Gang, und heute hat diese strittige Sache ihre eigene ziemlich umfangreiche Literatur.

Keinesfalls kann es nun des Interesses entbehren, diese Literatur zusammenzustellen, Meinung und Gegenmeinung einer vergleichenden Kritik zu unterziehen und sich das Bemühen zu stellen, ein dem wichtigen Gebiete förderliches Resultat zu gewinnen. Man wird sich zwar leider von vornherein nicht der sieggewissen Hoffnung tragen dürfen, die unfehlbare, in jedem Punkte unwiderlegliche Lösung der Frage zu finden. Dafür haben einerseits schon die Namen der Kämpfenden — rechts wie links — einen zu guten Klang, und andererseits muß natürlicherweise dem Geiste und der Feder des Anfängers die Schärfe mangeln, die nötig ist, um die Argumente erfahrener Gelehrter jeweils zu stützen oder zu entkräften. Zudem geben die Gegner der Vertragstheorie zu — sicherlich nicht nur aus feinfühliger Höflichkeit dem geehrten

[1]) Im Sächs. Archiv Bd. 9.

Gegner gegenüber —, daß die Vertragstheorie starke Stützpunkte habe,[1]) während auch die Anhänger offen anerkennen, daß sie „die Vertragskonstruktion keineswegs als eine geniale Leistung des Gesetzgebers“[2]) ansehen.

Aber trotz allem wird diese Untersuchung ein nicht zu verwerfendes Ergebnis bieten, wenn auch weiter nichts gelingen sollte als die ordnende Sammlung und die kritische Sichtung des in allen möglichen wissenschaftlichen Werken vielfach verstreuten, umfangreichen Materials.

Doppelt interessant ist eine solche Arbeit noch aus dem Grunde, daß bis auf den heutigen Tag auch für die Praxis eine bindende Entscheidung des obersten Gerichtes noch nicht erfolgt ist, ja sogar dem Anscheine nach absichtlich vermieden wurde.[3])

---

[1]) vgl. Haymann S. 529; Matthiaß, DJZ. VII S. 205 f.; Levy S. 24.

[2]) Flechtheim, DJZ. S. 319.

[3]) vgl. Juristische Wochenschrift XXXII Nr. 20—23 S. 196: „Für die immer noch offene Frage, ob bei der Wandlung auf Einwilligung in die Wandlung oder aber auf Herstellung des der Wandlung entsprechenden tatsächlichen Zustandes zu klagen sei, bietet Entscheidung Nr. 157 zwar keine Lösung, wohl aber einen nicht uninteressanten Beitrag, indem zugleich das entsprechende Rechtsverhältnis behandelt wird, wenn der Käufer wegen eines Rechts- (nicht Sach-) mangels der Kaufsache vom Kaufvertrage zurücktritt.“ Die hier interessierende Stelle dieser Entscheidung Nr. 157 (ibid. Beil. S. 68) lautet: „Es kann dahingestellt bleiben, ob nach den Bestimmungen des BGB. — abgesehen etwa von dem Falle des Vorliegens der Voraussetzungen einer Feststellungsklage — der Käufer einer mit physischen Fehlern behafteten Sache auf Einwilligung des Verkäufers in die Wandlung klagen darf, oder ob nicht vielmehr, wie nach bisherigem Rechte, die Klage auf Rücknahme der Sache und Erstattung der Gegenleistungen zu richten ist; denn dem Berufungsrichter ist jedenfalls darin beizutreten, daß dem Käufer wegen eines Mangels im Rechte nach §§ 440, 327, 349 BGB. ein einseitiges, von der Zustimmung des Verkäufers nicht abhängiges Rücktrittsrecht zusteht, und daß er daher auf Einwilligung in den Rücktritt oder auf Anerkennung des Rücktrittsrechts nicht klagen kann, falls nicht etwa die Voraussetzungen der Feststellungsklage gegeben sind, was aber vorliegend nicht der Fall ist. Dem Berufungsrichter ist auch darin beizutreten, daß die Belastung mit der in der Klage behaupteten Grunddienstbarkeit ein Mangel im Rechte im Sinne der §§ 434, 439 BGB. ist“ usw.

Aufbau der Arbeit.

§ 2.

Um jede Unklarheit zu vermeiden, ist es notwendig, ein einleitendes orientierendes Wort über die genaue Abgrenzung des Themas und die Grundzüge der Arbeit zu sagen.

Eine Abhandlung, die sich die eindeutige Überschrift setzt: „Die rechtliche Natur der Wandlung", läßt es als außerhalb des Bereiches der gestellten Aufgabe erscheinen, tiefer auf die Gesamtvorschriften des Gesetzbuches über die Gewährleistung einzugehen. Ein Hinweis auf die täglich sich mehrende Literatur dieser Frage dürfte vielmehr genügen.

Zur Untersuchung steht hier lediglich die Frage nach der juristischen Struktur des Anspruches, den der § 462 des BGB. in den Worten:

Rückgängigmachung des Kaufes (Wandlung) dem Käufer gibt.

Selbstverständlich ist es, daß bei dieser Untersuchung die logischen Konsequenzen für die prozessuale Behandlung dieses Anspruches wenigstens einer kurzen Erörterung unterzogen werden müssen. Und ebenso selbstverständlich ist es, daß das auf solchem Wege gewonnene Resultat im allgemeinen eine analoge Geltung auch auf den Minderungsanspruch haben wird.

Um eine leichtere Übersicht der Arbeit zu ermöglichen, möge die Disposition der Abhandlung in ihren Grundzügen hier kurz skizziert werden.

Erst soll der einschlägige Gesetzestext festgestellt, dann nach den Grundsätzen einer richtigen Interpretation Wille und Erfolg des Gesetzgebers daraus gefolgert werden. Den Anhängern der bis in die letzten Tage herrschenden Vertragstheorie und ihrer Beweisführung wird die Reihe namhafter Gegner samt ihrer Argumentation gegenüber gestellt werden. Eine vergleichende Kritik der beiden Parteien schließlich wird zum Resultate der Arbeit führen.

Was aber ist unter einer „richtigen Gesetzestextinterpretation" zu verstehen?

Diese Frage ist von grundsätzlicher Bedeutung (wie von Vertretern und Widersachern der Vertragskonstruktion einmütig immer wieder betont wird), weshalb ich, schon um den Gedankengang der folgenden Beweisführung zu stützen, eine gedrängte Erörterung hierüber nicht für überflüssig halte.

> Cosacks Meinung ist folgende: „Auslegungsregeln, die ins einzelne gehen, lassen sich mit Erfolg nicht aufstellen. Nur sei — rein negativ — erwähnt, daß für die Auslegung eines Gesetzes dessen „Entstehungsgeschichte", so oft man sie auch in der Praxis als Auslegungsbehelf fälschlich verwertet, nicht den mindesten Nutzen gewährt. Denn sie ist ein „Internum" der bei der Gesetzgebung beteiligten Organe; das Gesetz wird aber nicht für die gesetzgebenden Organe, sondern für das Volk gemacht. So darf der Ausleger eines Gesetzes namentlich auf die sogen. „Motive", d. h. die Begründung und Erläuterung, welche die Verfasser der amtlichen Gesetzentwürfe ihren Werken beifügen, und auf die Reden, welche im Reichstage und in den Reichstagskommissionen von Abgeordneten und Regierungsvertretern gehalten werden, keine Rücksicht nehmen. Nicht, als ob die Motive und die Reichstagsreden wertlos wären! Aber ihr Wert ist nur der gleiche wie die Äußerung irgend einer Privatperson. Der Leser der Motive und der Reichstagsreden hat also das freie Recht zu prüfen, ob es richtig ist, was er liest; und nicht einmal eine Vermutung spricht dafür, daß Motive und Reichstagsreden das Richtige sagen."[1])

Diese Grundsätze werden von sehr vielen Gelehrten geteilt und namentlich von den Gegnern der Vertragstheorie stark betont.[1]) Aber ebenso wird in der Theorie die direkte Gegenmeinung verfochten, die den Materialien des Gesetzes eine große Wichtigkeit beimißt. So namentlich erklärlicherweise von den Vertretern der Vertragskonstruktion, weil sie gerade eine ihrer Hauptstützen in den Materialien sucht und findet. Man wird auch hier den goldenen Mittelweg gehen dürfen! Darum wird auch in dieser Arbeit sowohl bei Darlegung der gegensätz-

---

[1]) Cosack I § 11 S. 42; ähnlich Haymann S. 530; Eccius, Preuß. Privatrecht 1896 I S. 72; Crome, System 1900 Bd. 1 S. 102 Note 20.

lichen Ansichten wie bei Entwicklung der eigenen Beweisführung von der Entstehungsgeschichte des Gesetzes auszugehen sein; das Hauptgewicht aber muß auf eine grammatisch-logische Interpretation des vorliegenden Gesetzestextes gelegt werden.

Die Entwicklung der ädilizischen Ansprüche.

§ 4.

Im alten Rom entwickelte sich die ursprüngliche Ädilität[1]) zu einer polizeilichen Aufsichtsbehörde, worauf es beruhte, daß dann, als die patrizisch-plebejische Ädilität zu ihr hinzutrat, das Doppelamt, in sichtlichem Anschluß an die hellenische Agoranomie, zunächst als Markt- und Straßenpolizei auftritt.

Es ist nicht verwunderlich, daß bei dem hochentwickelten Verkehrsleben Roms sich die Ädilen nicht der Einsicht verschlossen, daß in Markt und Handel der Verkäufer dem Käufer in vieler Hinsicht überlegen sei. Natürliche Folge dieser Erwägung ist die, daß sie dem Käufer ihren weitgehenden Schutz boten, ut occurratur fallaciis vendentium et emptoribus succurratur.

Im ädilizischen Edikte[2]) gaben sie in der actio redhibitoria, die auf Rückgängigmachung des Kaufes, event. auch eines andern obligatorischen Vertrags, und in der actio quanti minoris, die

---

[1]) Es gibt drei Kategorien: „1. Die mit dem Tribunat der Plebs zugleich aus dem ständischen Hader entwickelten aediles plebis oder plebei; 2. die im Jahre 387 (467 v. Chr.) zugleich mit der Prätur als Beamte der patrizisch-plebejischen Gemeinde eingesetzten aediles curules, welche von dem ihnen beigelegten und den Kollegen mangelnden Gerichtsstuhl den Namen führen; 3. die erst von dem Diktator Cäsar geordneten seit dem Jahre 711 (43 v. Chr.) fungierenden aediles plebis Ceriales, deren Benennung von der ihnen insbesondere obliegenden Aufsicht über die Getreidespenden entlehnt ist. — Der Zahl nach werden für jede Kategorie zwei bestellt; sie hat nicht gewechselt.“ Mommsen, Abriß des römischen Staatsrechts 1893 S. 177—179.

[2]) „Causa huius edicti proponendi est, ut occurratur fallaciis vendentium et emptoribus succurratur, quicunque decepti a venditoribus fuerint: dummodo sciamus venditorem, etiamsi ignoravit ea quae aediles praestari jubent, tamen teneri debere: nec est hoc iniquum: potuit enim ea nota habere venditor: nec enim interest emptoris cur fallatur ignorantia venditoris an calliditate.“ l. 1 § 2 D. de aed. ed. 21, 1.

auf Herabsetzung des Kaufpreises resp. der Vergütung gerichtet ist, dem Käufer einer Ware wirksame Wehrmittel gegen Übervorteilungsversuche seitens des Verkäufers.

Mit der Rezeption des römischen Rechtes kamen die ädilizischen Klagen nach Deutschland, wo sie gewisse Modifikationen [1]) erlitten.

§ 5.

Auch das Bürgerliche Gesetzbuch ist bei der Regelung des Kaufrechtes von der rechtspolitischen Erwägung ausgegangen, daß Billigkeit und ausgleichende Gerechtigkeit ebenso wie das Bedürfnis hochentwickelten Verkehrslebens erforderten, bei fehlerhafter physischer Beschaffenheit der Kaufsache zwischen dem auf Grund seiner vermutlichen Vertrautheit mit all ihren Eigenschaften überlegenen Verkäufer und dem ihr völlig fremd entgegentretenden Käufer zugunsten des letzteren zu vermitteln. [2])

Infolge dieses Grundsatzes hat das neue Recht auch die ädilizischen Ansprüche mit herüber genommen und diese Materie in der Lehre vom Kauf einer ausführlichen Regelung gewürdigt, und zwar in den §§ 462—493 und hat zugleich in den §§ 634 bis 638 BGB. im großen und ganzen die analoge Anwendbarkeit dieser Gesetzesvorschriften für den Werkvertrag geregelt.

§ 6.

Da für die richtige Interpretation der genaue Gesetzestext als erste und sicherste Grundlage von hervorragendster Wichtigkeit ist, so mögen die zwei Paragraphen, die nach allgemeiner Übereinstimmung [3]) die Definition der ädilizischen Ansprüche enthalten, gleich hier in extenso Platz finden, während die übrigen etwa zur Argumentation heranzuziehenden Paragraphen bei Gelegenheit zitiert werden mögen.

Der § 462 BGB. lautet:

„Wegen eines Mangels, den der Verkäufer nach den Vorschriften der §§ 459, 460 zu vertreten hat, kann

---

[1]) „Nicht ohne wesentliche Zugeständnisse an die dem Verkäufer günstigere Auffassung des altdeutschen Rechtes." Cosack I § 126 S. 419.

[2]) Nach Crome II § 220 S. 445; Dernburg II 2 § 183 S. 48; Endemann I § 161 Anm. 7 S. 986; Schroeder S. 1.

[3]) Die Gegner lassen nur § 462 als Begriffsbestimmungsparagraph gelten.

> der Käufer Rückgängigmachung des Kaufes (Wandlung) oder Herabsetzung des Kaufpreises (Minderung) verlangen."

Der in engem Zusammenhange mit diesem stehende § 465 BGB. hat den Wortlaut:

> „Die Wandlung oder die Minderung ist vollzogen, wenn sich der Verkäufer auf Verlangen des Käufers mit ihr einverstanden erklärt."

Aus diesen Gesetzesstellen also ist unter logischer Berücksichtigung der übrigen einschlägigen Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches die juristische Struktur, die rechtliche Natur des Wandlungsanspruches abzuleiten.

Die beiden Parteien.

§ 7.

Die Gelehrten, die sich mit der Frage nach der rechtlichen Natur der Wandlung beschäftigt haben, lassen sich, wie schon oben angedeutet, in zwei große Gruppen scheiden: die Anhänger der Vertragstheorie und ihre Gegner. Es ist das keineswegs so zu verstehen, als ob das zwei geschlossene Abteilungen wären in dem Sinne, daß die Parteigänger der einen wie der anderen Richtung bei ihrer Untersuchung Schritt für Schritt denselben Weg gingen. Im Gegenteil! Die späteren Ausführungen werden dartun, daß sowohl bei den Vertretern der Vertragskonstruktion hinsichtlich der einzelnen Punkte verschiedene Meinungen auftreten, wie auch bei den Widersachern der Vertragstheorie, was die Details betrifft, die Ansichten auseinandergehen.

Also der Weg mag verschieden gewählt sein, aber das endliche Ziel ist dasselbe! Darum ist die gewählte Unterscheidung gerechtfertigt.

Die einen kommen nämlich zu dem Resultate, daß die Wandlung nur durch einen Vertrag vollzogen werde, während die andern diese Vertragsnatur des Wandlungsanspruches mit Entschiedenheit bestreiten.

§ 8.

Namentlich aufzuführen sind als:

I. Anhänger der Vertragstheorie:

Autor	Seite	Bemerkungen
Balcke	53 ff.	
Crome	459 ff.	II § 222 I
Dernburg	57 f.	II, 2.
Engelmann	332 f.	2. Aufl. S. 336
Emerich	73 f.	
Endemann	721 f.	(unentschieden)
Epping	18 f.	
Flechtheim	72 ff.	
Flechtheim	319 f.	DJZ.
Goldmann-Lilienthal	153	I
Hellwig	383	Note 5
Kaufmann	37	
Kipp	657 ff.	in Windscheid-Kipp
Kipp	60	in Kieler Festgabe f. Jhering
Kloß	287 ff.	
Küntzel	433	
Kuhlenbeck	258 ff.	II V. d. Pandekten z. BGB.
Kuhlenbeck	326 f.	I BGB.
Leistner	39 ff.	
Leske	198 ff.	
Naefe	11 f.	
Neumann	327	zu § 462 (unentschieden)
Oertmann	186	
Oertmann	4—29 ff.	Das Recht 1904 Nr. 1 u. 2
Planck	II 248	zu § 462 Note 3 S. 115, 145.
Rossi	16 f.	
Rudorff-Schäfer		zu §§ 462 u. 465
Schernowsky	27	
Schollmeyer	19	2. Aufl. S. 29 ff.
Schroeder	25 ff.	
Simeon	372	
Stahl	25	
Staudinger	207—211	zu § 462
Stratmann	8 ff.	
Weyl	406	

§ 9.

II. Gegner der Vertragstheorie.

Autor	Seite	Bemerkungen
Axhausen	771	
Beith		
Eccius	316 ff.	
Ehrlich	58 ff.	
Enneccerus	537 f.	I
Fischer-Henle		zu § 194 u. § 462
Goudefroy	39	
Haymann	509 ff.	
Heuer	79 f.	HansGZ. 1901
Heuer	97	Das Recht 1902
Kohn	44	
Levy	22 ff.	
Lobe	104 ff.	bes. S. 113
Langheineken	215 ff.	
Matthiaß	499 f.	I
Matthiaß	205 ff.	DJZ.
Mensing	3 ff.	
Nissen	565 ff.	
Scherer		HansGZ. 1901 Beibl. 22
Staub	1359 ff.	
Stein	552	Gaupp-Stein I
Steinitz	37 ff.	
Spahn		in A. M. 1903 b. Besprechung v. Schröders Dissert.
Thiele	428 ff.	
Werner	282	

Die Restitutionstheorie.

§ 10.

Da diese Arbeit zu einer Verteidigung der Vertragskonstruktion führen wird, ist es wohl am besten, zuerst die Gegner zum Wort kommen zu lassen.

Es ist, wie die voranstehende Aufstellung zeigt, eine stattliche Reihe namhafter Schriftsteller, die aus vielfachen Gründen [1]) den Nachweis zu liefern suchen, daß das Gesetz den Wandlungsanspruch durchaus nicht in der Weise konstruiert habe, wie es die herrschende Meinung annimmt. Erklärlicherweise haben sie hierbei vor allen Dingen der Ansicht der Mehrheit der zweiten Kommission, die sich in den Protokollen klar und deutlich im Sinne der Vertragstheorie geäußert hat,[2]) gegenüber einen harten Stand. Sie vermögen allerdings dieses Hindernis zu umgehen, wenn sie sich von kurzer Hand über die Bedeutung der Materialien hinwegsetzen mit der prinzipiellen Erklärung ihrer Ansicht: der Wille der Redaktoren entscheide nicht über den Inhalt des Gesetzes,[3]) also sei die Konstruktion der Kommission keineswegs maßgebend.[4]) Aber diese Anschauung wollen sie nicht unbedingt zur Geltung bringen, sie wollen nicht „in übertriebener Reaktion gegen den sogen. Materialienkultus den Vorarbeiten zum BGB. jedwede Bedeutung" absprechen[5]) und versuchen folglich auch die Entstehungsgeschichte der einschlägigen Gesetzesstellen zu ihrem Zwecke verwertend zu berücksichtigen.

Ihr Bestreben geht im einzelnen dahin:

1. aus den Materialien zum BGB.,
2. aus der grammatischen Interpretation,
3. aus der logischen Interpretation des Gesetzestextes die Vertragstheorie zu Fall zu bringen.

In erster Linie betonen sie, daß der Schwerpunkt der Wandlungslehre, die sedes materiae einzig und allein im § 462 liege, während dem § 465 keineswegs die Eigenschaft des Begriffsbestimmungsparagraphen zukomme. Der § 465 — behaupten sie — fixiert lediglich den Endpunkt des jus variandi (besonders in Harmonie mit § 480). Schließlich schöpfen sie ein Hauptargument aus dem § 478, der ein Zustandekommen der Wandlung ohne Vertrag kenne, also in direktem Widerspruche zur Vertragstheorie stehe.

Der Gedankengang der Gegner ist in kurzen Umrissen etwa folgender:

§ 11.

Haymann stützt seine Beweisführung nicht wie die Anhänger der Vertragskonstruktion auf die Protokolle, als auf die

---

[1]) Die später erörtert werden.
[2]) Wie ebenfalls in einem späteren Paragraphen bewiesen wird.
[3]) Haymann S. 530.
[4]) Levy S. 24; Matthiaß, DJZ. S. 205 f.
[5]) Haymann S. 530.

letzten, folglich fortgeschrittensten und vollkommensten Vorarbeiten zum Gesetzestexte. Im Gegenteil! Er geht auf den ersten Entwurf zurück.

In jenem Entwurfe lautete der § 383, der dem heutigen § 462 entspricht:

> „Ist die Haftung des Veräußerers nach den §§ 381, 382 begründet, so kann der Erwerber nach seiner Wahl verlangen, entweder, daß der Vertrag rückgängig gemacht (Wandlung) oder daß die Gegenleistung herabgesetzt werde (Minderung)."

Die Abweichungen des Wortlautes von der jetzigen Fassung erklärt Haymann daraus, daß der erste Entwurf unter den allgemeinen Vorschriften für Schuldverhältnisse das Recht der Gewährleistung für alle Veräußerungsverträge regelte, während das Gesetzbuch die Materie ex professo innerhalb der Lehre vom Kaufe normiere.

Nach dem folgenden § 384 sollte die Wahl zwischen dem Rechte auf Wandlung und dem Rechte auf Minderung durch die einseitige vom Käufer dem Verkäufer, vom Besteller dem Unternehmer gegenüber abgegebene Erklärung (also mit andern Worten auf Grund einseitiger, empfangsbedürftiger Erklärung des Wahlberechtigten) unwiderruflich vollzogen sein, indem die Vorschriften der §§ 208 und 209 S. 1 über Alternativobligationen für anwendbar erklärt werden.[1])

Während eine dem jetzigen § 465 ähnliche Bestimmung vollständig fehlt, sagt der § 387 des ersten Entwurfes:

> „Auf das Recht der Wandlung finden die §§ 427—430, 433 entsprechende Anwendung."

Mithin entspricht dieser Paragraph dem heutigen § 467; denn die §§ 427 ff. enthalten analog den jetzigen §§ 346 ff. die Vorschriften über das vertragsmäßige Rücktrittsrecht.

Aus dieser Zusammenstellung gewinnt Haymann das Resultat, daß jedenfalls der erste Entwurf das Recht der Wandlung nicht im Sinne der Vertragstheorie konstruiert habe;

> „denn auf das Recht der Wandlung finden, sobald dasselbe durch einseitige Erklärung gewählt ist, die Bestimmungen des § 427 Anwendung, nach der ‚die Vertragschließenden untereinander so berechtigt und verpflichtet sind, wie wenn der Vertrag nicht geschlossen wäre', insbesondere ‚kein Teil eine nach dem Vertrag

[1]) vgl. Planck II S. 250.

ihm gebührende Leistung in Anspruch nehmen kann" und „jeder Teil verpflichtet ist, dem anderen Teile die empfangenen Leistungen zurückzugewähren'." [1])

§ 12.

Das Bedenken, daß die Zusammenstellung der beiden Worte „Rückgängigmachung" und „Herabsetzung" zu Auslegungen im Sinne der Vertragstheorie führen könne, glaubt Haymann durchaus beseitigen zu können.

Er verweist daher einmal auf Jacubezkys Ausführung:

„Gemeint sei, daß der Veräußerer, ohne daß es erst eines neuen Vertrages bedürfe, sich so solle behandeln lassen müssen, wie wenn der Vertrag rückgängig oder die Gegenleistung herabgesetzt wäre." [2])

Zweitens stützt er seine Auffassung durch die in den Motiven zum ersten Entwurfe enthaltene Stelle:

„In Übereinstimmung mit dem geltenden Rechte ist vor allem ausgesprochen, daß die an die Wandlung sich knüpfenden Rechte und Pflichten der Parteien unmittelbar und nicht erst durch ein sich anschließendes Rechtsgeschäft oder Urteil hervorgerufen und die Vertragschließenden untereinander obligatorisch so berechtigt und verpflichtet werden, wie wenn der Vertrag nicht geschlossen worden wäre." [3])

§ 13.

Als dritten Beweis führt er die Tatsache an, daß bei Besprechung der Verjährung der Gewährleistungsansprüche hieraus in den Motiven die Konsequenz gezogen werde:

„Andererseits fehlt es auch bei Unterstellung des Falles, daß der Erwerber seinerseits geleistet hat, an jedem Grunde, für eine andere als die Verjährungsfrist zu entscheiden. Solchenfalles steht dem Erwerber der Anspruch auf gänzliche oder teilweise Restitution des von ihm Geleisteten zu." [4])

---

[1]) Haymann S. 531.
[2]) Bemerkungen zu dem Entwurf eines BGB. S. 92/93.
[3]) Motive zu dem Entwurfe eines BGB. für das Deutsche Reich Bd. 2 S. 230.
[4]) Motive Bd. 2 S. 239.

Und zwar sei es der hier angeführte Anspruch, nicht etwa ein solcher auf Abschluß eines Wandlungs- oder Minderungsvertrags, der von dem ersten Entwurf der kurzen Verjährung unterstellt wird.

Es muß wohl anerkannt werden, daß das eine richtige Darstellung der Rechtslage des ersten Entwurfes ist, mit andern Worten: es ist kein Anhaltspunkt zu finden, der dafür spräche, die Vertragskonstruktion sei bereits im ersten Entwurfe enthalten gewesen.

§ 14.

Nun kommt aber durch die Kommission für die zweite Lesung der Beschluß der Neuaufnahme des § 465.

Um diesem Paragraphen womöglich jede Beweiskraft für die Vertragstheorie zu nehmen, suchen die Gegner an der Hand seiner Entstehungsgeschichte den Nachweis zu liefern, daß zur Aufnahme dieses Paragraphen keine sachlichen Erwägungen maßgebend waren, sondern daß er sein Dasein lediglich einer formalen Frage der legislativen Technik verdankt.[1])

Die Begründung der Neuaufnahme des § 465 findet sich bei Haymann, wie folgt[2]):

Die Protokolle geben hierüber folgende Auskunft:

> „Man war der Ansicht, es sei unzweckmäßig, den Käufer an die von ihm einmal gewählte Wandlung oder Minderung zu binden, während ihm das Recht, bei dem Vertrage stehen zu bleiben, so lange belassen bleiben solle, bis der Verkäufer sich mit der gewählten Wandlung oder Minderung einverstanden erklärt habe oder dazu rechtskräftig verurteilt sei.[3]) Bis zu diesem Zeitpunkte müsse der Käufer auch noch statt der Wandlung Minderung oder statt dieser Wandlung verlangen können.“[4])
>
> Auf Grund dieser Erwägungen beschloß die Kommission einstimmig, die im ersten Entwurf enthaltene Bestimmung im Sinne der folgenden Vorschrift abzuändern:

---

[1]) vgl. Haymann S. 535. NB.! Da ich Haymanns Darlegung für ausführlich, klar und bezeichnend halte, andererseits eine Erörterung dieser Punkte hier unbedingt geboten ist, scheint es mir gerechtfertigt, ja notwendig, seine Ausführungen teilweise wörtlich wiederzugeben.

[2]) Haymann S. 532, 533.

[3]) Prot. S. 686 Abs. 3.

[4]) Prot. S. 709.

„Das Recht des Verkäufers, statt der verlangten Wandlung die Minderung, oder statt dieser die Wandlung zu verlangen, oder statt der verlangten Wandlung oder Minderung bei dem Vertrage stehen zu bleiben, wird erst dadurch ausgeschlossen, daß der Verkäufer sich mit der Wandlung oder Minderung einverstanden erklärt hat.“ [1])

Und auf Grund der Erwägung, daß es notwendig sei, im Gesetze deutlich auszusprechen, wann die Wandlung oder die Minderung vollzogen sei, wie der Entwurf ähnliche Bestimmungen für die Wahl bei der alternativen Obligation (§ 208), die Aufrechnung § 282, den Rücktritt vom Vertrage (§ 426) enthalte, wurde ohne Beanstandung von einer Seite beschlossen, unmittelbar nach der in dem jetzigen § 462 enthaltenen Bestimmung die folgenden Vorschriften aufzunehmen, zu deren Gunsten der Antrag auf Aufnahme der zuvor wiedergegebenen Vorschrift zurückgezogen wurde.[2])

„Die Wandlung und die Minderung ist vollzogen, wenn der Verkäufer sich dem Käufer gegenüber mit dem Verlangen des letzteren, daß der Kauf rückgängig gemacht oder der Kaufpreis herabgesetzt werde, einverstanden erklärt hat oder zur Wandlung oder Minderung rechtskräftig verurteilt ist.

Bis dahin ist der Käufer an eine von ihm erklärte Wahl zwischen Wandlung und Minderung und dem Anspruch auf Erfüllung des Vertrages nicht gebunden.“

Der sehr bezeichnende[3]) letzte Nebensatz des Abs. 1 ist freilich schon in der Schlußfassung in der Redaktionskommission[4]) durch die nach § 894 ZPO. selbstverständliche Wendung „oder dazu (d. h. zur Einverständniserklärung) rechtskräftig verurteilt ist“, ersetzt worden. Diese wiederum ist in der Bundesratsvorlage,[5]) die mit dem Gesetzestext übereinstimmt, gestrichen worden, ebenso wie der ganze Abs. 2, ohne daß mit letzterem, wie Planck mitteilt, eine sachliche Änderung beabsichtigt worden wäre. Schon in der Bundesratsvorlage umfaßt

[1]) Prot. S. 709, 699, 685, 673.
[2]) Prot. S. 708—710.
[3]) vgl. Prot. S. 710 und Haymann S. 537.
[4]) vgl. Gruchots Beiträge 1893 Beilageheft 2 S. 105.
[5]) Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstags 4. Session 1895/97 Anlageband 1, Berlin 1896, S. 475.

die so abgeänderte Bestimmung einen besonderen Paragraphen (§ 459).“

§ 15.

Aus dieser Geburtsgeschichte des § 465 läßt sich dreierlei folgern:

1. Die beinahe wörtliche Beibehaltung des § 383 des ersten Entwurfes läßt deutlich erkennen, daß von der zweiten Kommission an dem Inhalte der von dem ersten Entwurfe bestimmten Gewährleistungsansprüche nichts geändert werden wollte.
2. Der § 465 hatte von vorneherein lediglich den Zweck, an Stelle des § 384 des ersten Entwurfes zu treten, d. h. der Zeitpunkt der Bindung des Käufers an die Wahl zwischen Wandlung und Minderung, nicht diese Rechte selbst sollten anders bestimmt werden.
3. Vollziehung der Wandlung oder Minderung sollte nicht die Bezeichnung für die Art und Weise der Ausführung sein, sondern die endgültige Entscheidung darüber, ob das eine oder das andere Recht geltend gemacht werde. Mit anderen Worten: Die Wahl zwischen Wandlung und Minderung sollte vollzogen im Sinne von „endgültig, wahllos, unabänderlich“ geworden sein mit der Einverständniserklärung des Verkäufers. (Ein Analogon also zur Alternativobligation, die mit der einseitigen Erklärung des Berechtigten endgültig oder vollzogen wird.)

§ 16.

Trotz diesem auf logischer, scharfsinniger Begründung beruhenden Ergebnisse verschließt sich Haymann nicht der Überzeugung, daß die Materialien des Gesetzbuches zweifellos als Ansicht wenigstens der Kommissionsmehrheit die Vertragstheorie tatsächlich enthalte. Ebenso gibt er zu, daß der § 465 nicht lediglich den Endpunkt des jus variandi zu bestimmen brauche, sondern daß er — wie die Vertreter der Vertragstheorie es tun — sehr wohl auch als Begriffsbestimmungsparagraph gedeutet werden kann.[1]) Zugleich hebt er aber hervor, daß dieser Konstruktion von einem Kommissionsmitgliede widersprochen worden sei. Haymann liefert ferner aus den Protokollen den Beweis, daß bei der Mehrzahl der Kommissionsmitglieder für diese Konstruktion

[1]) vgl. Haymann S. 534; Schroeder S. 30 ff.; Levy S. 45 f.

der Grund maßgebend gewesen sei, daß die Ausübung des Rechtes auf Wandlung oder Minderung nicht an eine kurze Präklusivfrist, sondern an eine Verjährungsfrist gebunden sein sollte, um den Streit wegen des Mangels innerhalb der Frist zur rechtlichen Entscheidung zu bringen. Zu diesem Ende war es nötig, dieses Recht als einen verjährbaren Anspruch im Sinne des § 194 BGB. zu gestalten. Und da schien der Mehrheit eben kein anderer Weg gangbar, als daß man die Konstruktion des Anspruches auf Einverständniserklärung wählte; denn da nach der Vertragstheorie das Recht auf Abschluß des Wandlungs- oder Minderungsvertrages stets eine positive Mitwirkung des Verkäufers erfordert, so „ergebe sich bei dieser Konstruktion, daß immer ein Anspruch im Sinne des Entwurfes vorhanden, der Anspruch aber der Verjährung unterworfen sei.[1])

§ 17.

Der Anspruchscharakter der Gewährleistungsrechte wird heute wohl von niemand mehr bestritten. Er kommt ihnen unzweifelhaft zu auf Grund der §§ 462, 477 (in Verbindung mit 478, 489, 490, 634, 638) BGB.[2])

Um aber diesen Anspruchscharakter zu achten und zu wahren, spräche es sehr für die Vertragstheorie, wenn nur die Zugrundelegung dieser Konstruktion das erwünschte Resultat ermöglichte. Dem ist aber nicht so! Wie schon aus einer Betrachtung der Ausgestaltung der ädilizischen Ansprüche im römischen Rechte hervorgeht, kannte dieses die Vertragstheorie nicht.[3])

---

[1]) vgl. Prot. S. 679, 680; Haymann S. 534, 535.

[2]) Es sei hier hingewiesen auf die Kontroverse Fischer-Küntzel-Friedenthal. Fischer stellte die Behauptung auf, daß die Rechte auf Wandlung und Minderung nicht immer Ansprüche im Sinne des § 194 BGB. seien und daher ihre Subsumtion unter den Anspruchsbegriff Bedenken unterliege (Recht und Rechtsschutz § 8 S. 85 ff. in Beiträge zur Erläuterung und Beurteilung des Entwurfs Heft 6; vgl. dazu Fischer-Henle, Handausgabe zum BGB.; Anm. 1 zu § 194). Küntzel hat (in Gruchots Beiträgen Bd. 41 S. 432 ff.) Fischers Behauptung bekämpft mit dem Hinweis, die Rechte auf Wandlung und Minderung seien Ansprüche, da sie stets auf ein „Tun", nämlich die Einverständniserklärung, also Abgabe einer Willenserklärung gingen. Gegen ihn wendet sich Friedenthal, der wieder Fischers These verficht (Einwendung und Einrede in der ZPO. und dem BGB. S. 59 ff.). Ihm schließt sich Steinitz (a. a. O. S. 40) an.

[3]) Es findet sich ja allerdings in den Protokollen (S. 677) die Stelle, wonach die Kommissionsmehrheit davon ausgegangen wäre, daß die Vertragstheorie schon den ädilizischen Rechtsmitteln zugrunde gelegen

Das ist nicht [illegible] im römischen Rechte war die Verlage folgendermaßen[1]):

Hatte der Käufer bereits gezahlt, so ging die actio redhibitoria unmittelbar auf Rückerstattung des Kaufgeldes[2]).

Hier dem Käufer zunächst nur einen Anspruch auf Aufhebung des Kaufvertrages zu geben, daran dachten die praktischen Römer nicht; denn es hatte ja der Verkäufer bereits seine Vertragsrechte gegen den Käufer geltend gemacht. In diesem Falle war sogar die Auflösung des Kaufvertrags durch contrarius consensus nach römischem Recht[3]) ausgeschlossen, und selbst wenn die Parteien sich unmittelbar zur Rückgewähr vertraglich verpflichteten, konnte auf Rückzahlung des Kaufpreises erst geklagt werden, wenn der Verkäufer die Kaufsache zurückgenommen hatte[4]).

Anders, wenn das Kaufgeld noch nicht bezahlt war. Hier hatte der Käufer, der Redhibition verlangte, ein Interesse daran, daß der Verkäufer seine Vertragsrechte einbüße. Darum ging in diesem Falle die actio redhibitoria auf Befreiung von der Kaufgeldschuld.[5])

In jedem Falle ging die actio redhibitoria (und dasselbe gilt für die actio quanti minoris) auf ein Tun des Verkäufers, sein Maß war der Anspruchscharakter gezahlt, beide Male aber auch das berechtigte Interesse des Käufers. Und doch kam es selbst in dem letztgenannten Falle nicht zu einem erst den Kaufvertrag zerstörenden Aufhebungsvertrag im Sinne der modernen Vertragstheorie.

Aus diesen Ausführungen zieht Haymann den Schluß, daß die Kommissionsansicht in ihrer Ansicht, die Vertragskonstruktion sei der einzige Weg, den Anspruchscharakter der Gewährschaftsansprüche zu retten, von einer irrigen Voraussetzung ausgegangen sei, ein Irrtum, der um so seltsamer wirkt, als auch

hätte, eine Annahme deren Richtigkeit aus doppeltem Grunde bestritten werden muß: a) Muß es stark wundernehmen, daß die römischen Ansprüche vermittelst eines so komplizierten Mittels, wie des Mediums eines Vertrages auf Restitution bezw. Minderung gerichtet waren. b) rechtfertigen die in den Materialien niedergelegten Erwägungen die fragliche Annahme in keiner Weise; vgl. Haymann S. 595.

[1]) Haymann S. 595, 596.

[2]) l. 25 §§ 10, 26, 27, 29, § 2 D. 21, 1; über die redhibitorische Funktion im allgemeinen l. 21 pr. l. 23 § 1 § 7 D. 21, 1.

[3]) § 4 J. 3, 29; l. 7 § 6 l. 27 § 2 Se D. 2, 14; l. 2, 3, 5 D. 18, 5; c. 1, 2 Cod. 4, 45.

[4]) l. 31 § 17, 18 D. 21, 1 (actio in factum).

[5]) l. 29 § 1 D. h. A.

der erste Entwurf bei Normierung der Materie auf eben den Anspruchscharakter der Gewährleistungsrechte das größte Gewicht gelegt und die Möglichkeit, die Vorschriften über die Verjährung auf die von ihm genau im Anschluß an das römische Recht geregelten Gewährschaftsrechte in jedem Falle anzuwenden, besonders nachdrücklich verteidigt habe.

Beweis und Zeugnis sei ein Zitat aus den Motiven:

> „Aber auch in dem Falle, wenn der Erwerber seinerseits noch nichts geleistet hat, ist die Gestaltung der Frist als Verjährungsfrist ebensowohl begründet als sachlich zweckmäßig; der Erwerber, von welchem noch nichts geleistet worden, hat dennoch schon einen wirklichen und wahren Anspruch, welcher seinem Wesen nach von demjenigen, welcher ihm nach erfolgter Leistung zusteht, nicht verschieden ist. Dieser Anspruch ist gerichtet auf gänzliche oder teilweise Befreiung von den durch den Vertrag entstandenen Verpflichtungen."[1])

§ 18.

Und nun ein letzter Grund, den die Gegner der Vertragstheorie aus den Materialien zum Gesetzbuche gegen diese Konstruktion geltend machen.

Lobe[2]) war es, der m. W. zuerst auf die Stelle in den Protokollen hinwies:

> „Es empfehle sich, bei Normierung der Voraussetzungen des Vollzugs der Wandlung (es handelt sich um die Begründung der oben angeführten ursprünglichen Fassung des § 465 BGB.) neben der Einwilligungserklärung des Verkäufers auch dessen rechtskräftige Verurteilung zur Wandlung oder Minderung besonders zu erwähnen, weil die Erklärung nach der ZPO. § 779 (jetzt § 894) nur durch ein zur Abgabe derselben verurteilendes Erkenntnis ersetzt werde, während davon auszugehen sei, daß die Klage des Käufers nicht gerade auf die Einwilligung des Verkäufers in die Rückgängigmachung des Kaufes oder in die Herabsetzung des Kaufpreises gerichtet sein müsse."[3])

Nicht gerade auf Einwilligung? —

---

[1]) Motive S. 228 zu § 384, S. 238, besonders S. 239; vgl. hierzu auch den ersten Absatz der Ausführungen zu § 387 S. 230.

[2]) Lobe a. a. O. S. 114.

[3]) Protokolle S. 710; Haymann S. 537.

Sondern auch?

— Auf Rückgewähr! So ist der Schluß von Lobe und Haymann; denn

> „wenn der Käufer ‚nicht gerade' auf Abgabe der Einwilligungserklärung in die Aufhebung des Kaufes den Verkäufer zu verklagen braucht, dann besteht auch sein Wandlungsanspruch ‚nicht gerade' in dem Rechte auf diesen Vertragsschluß".

Mithin ermangele die Kommissionsmehrheit der Konsequenz in der Durchführung ihrer Konstruktion und habe somit ihre Theorie selbst preisgegeben. Allerdings „ohne daß freilich sichtbar wäre, was nach ihrer Ansicht anderes als die bisherige Rechtsauffassung an die Stelle treten könnte".

§ 19.

Diesem Mangel abzuhelfen, versuchen nun die Widersacher der Vertragskonstruktion, aus der grammatischen und der logischen Interpretation des Gesetzestextes die rechtliche Natur der Wandlung in anderer Weise zu konstruieren.[1])

Erwähnenswert sind hier namentlich die Theorien von Eccius,[2]) Werner, Enneccerus, Langheineken und schließlich Haymann. Auch Oertmann hat eine Konstruktion im Sinne der Gegner versucht, allerdings um sofort ihre Unzulässigkeit nachzuweisen.

Eccius. Nach Eccius geht der Wandlungsanspruch dahin, daß „der Verkäufer in Ausführung der Rückgängigmachung des Kaufs die Geltendmachung irgend eines Rechts aus dem Kauf unterlasse"[3]) oder daß „der Verkäufer sich jeder Forderung aus dem rückgängig zu machenden Kaufvertrage zu enthalten habe";[4]) daneben wird die Möglichkeit eines Wandlungsvertrages durch freiwilliges Einverständnis, auf den die Vorschriften der §§ 147 ff. über die Bindung an die Offerte Anwendung fänden, anerkannt.[5]) Es wird also unterschieden zwischen dem „Verlangen der Wandlung" als

---

[1]) Es darf wohl hervorgehoben werden, daß ein richtiger, klarer und konsequenter Aufbau und Ausbau einer Gegentheorie nur von wenigen Schriftstellern (ich nenne namentlich Haymann und Langheineken) versucht wurde, während die meisten sich mit der Bekämpfung der herrschenden Meinung genügen lassen, ohne zu positiven Vorschlägen zu kommen.

[2]) In ähnlichem Sinne auch Matthiaß.

[3]) Eccius S. 322, S. 325 Anm. 34.

[4]) Ibid. S. 325.

[5]) Ibid. S. 323.

der Geltendmachung des Wandlungsanspruches „in Form der Klage oder der Privaterklärung" und dem „von diesem Verlangen geleiteten, aber zunächst nur auf Zustimmung zur Wandlung gerichteten Verlangen des § 465" als einer Vertragsofferte,[1]) und es wird die Entstehung der Forderung auf Rückzahlung des Kaufpreises und auf Erstattung der Vertragskosten geknüpft erst an die Erklärung jenes Wandlungsverlangens.[2])

Da diese Theorie inzwischen selbst von den Gegnern der Vertragstheorie schon aufgegeben wurde,[3]) braucht nicht näher darauf eingegangen zu werden. Verwiesen sei auf die hauptsächlichsten Bekämpfungen, die Flechtheim[4]) und Kipp[5]) schrieben.

Matthiaß. Matthiaß definiert den Wandlungsanspruch als „den durch Einrede oder Feststellungsklage geltend zu machenden Anspruch auf gänzliche oder teilweise Befreiung von den Vertragspflichten, d. h. darauf, daß der Verkäufer die Geltendmachung seiner Rechte unterlasse". [6])

Auch dieser Theorie haftet der zweifache Mangel an, daß sie

1. dem Wandlungsanspruch einen wenig durchsichtigen Inhalt gibt,

2. in ihren Konsequenzen zu teilweise unbefriedigenden Ergebnissen führt.

Ein doppelter Grund also, auch diese Konstruktion abzulehnen.[7])

Werner. Nach Werner ist der Wandlungsanspruch ein „Anspruch darauf, daß der Verkäufer zur Vornahme der Handlungen mitwirkt, die zur Beseitigung des Kaufes erforderlich sind, und zwar mit dem erklärten Willen mitwirkt, auf diese Weise den Kauf rückgängig zu machen".[8])

Auch diese Theorie glaubt Langheineken wieder fallen lassen zu müssen, weil sie sich wieder allzu sehr der Vertragstheorie nähere „insofern, als sie die geschuldete Leistung in einer Mitwirkung, und zwar einer von einem rechtsgeschäftlichen Willen getragenen Mitwirkung erblickt und demgemäß den Gegenstand des Wandlungsanspruches zusammengesetzt sein läßt aus der

---

[1]) Ibid. S. 327.
[2]) Ibid. S. 329 sub 2.
[3]) Langheineken S. 221.
[4]) Flechtheim S. 72 ff.
[5]) Kipp S. 657.
[6]) Matthiaß S. 505 Anm. 2.
[7]) Langheineken S. 222.
[8]) Werner S. 284.

Bewirkung ‚der tatsächlichen Leistungen' und dem ‚Willen der Rückgängigmachung' ".[1])[2])

Oertmann. Oertmann stellt die Konstruktion auf:

> „Die Wandlung vollzieht sich und wirkt als einseitige Erklärung im Sinne einer rechtsvernichtenden Tatsache, gerade wie die Rücktrittserklärung des Rücktrittsberechtigten."[3])

Diese Konstruktion hat zwar die Eigenschaften, daß sie

1. ein glattes, leicht faßliches Ergebnis erzielt; denn

a) der Kaufvertrag wäre völlig aufgehoben,

b) die ex causa emtionis vollzogenen Leistungen könnten zurückgefordert werden, während die nicht vollzogenen fortan ipso jure nicht mehr geschuldet würden,

c) das jus variandi des Käufers fiele weg;

2. rechtspolitisch erhebliche Vorteile aufwiese,

aber vier Gründe sprechen de lege lata entscheidend gegen sie:

a) Den Streit über die Auffassung des § 465 beiseite gelassen, steht doch so viel fest, daß § 465 das Wahlrecht des Käufers nicht durch einseitige Erklärung beseitigt werden läßt.

b) Der § 478 gibt dem auf den Kaufpreis belangten Käufer nur ein Leistungsverweigerungsrecht, also eine Einrede im technischen Sinn. Nach obiger Konstruktion hätte aber der Käufer nur einen Wandlungseinwand im Sinne einer durch die Erklärung selbst gesetzten rechtsvernichtenden Tatsache, weil im selben Augenblicke, in dem der beklagte Käufer sich auf Wandlung beruft, mit deren Vollziehung der Kauf aufgehoben ist.

c) Während § 467 auf die Wandlung übrigens die weitaus meisten Sätze des gesetzlichen Rücktrittsrechtes entsprechend anwendbar sein läßt, übergeht er, mit handgreiflicher Absichtlichkeit, den § 349, also gerade den Paragraphen, in dem die Ausübung des Rücktrittsrechtes durch einseitige Erklärung ausgesprochen wird.

---

[1]) Ibid. S. 284, g. A. S. 338 VI; Langheineken S. 222/23.

[2]) Langheineken S. 222: „Einen eigenartigen Ausgangspunkt wählt Werner, indem er die verschiedene Bedeutung der Worte ‚Kauf' (in der Titelüberschrift) und ‚Kaufvertrag' (in § 433 a. A.) urgiert (S. 283 V); ersteres bezeichne ‚den Vertrag mit allen seinen Wirkungen'. Demgegenüber ist aber vor allem darauf aufmerksam zu machen, daß das Gesetz vielfach das Wort Kauf auch im Sinne von ‚Kaufvertrag allein' gebraucht, wie in § 439 Abs. 1, § 460 Satz 1 (‚Abschluß des Kaufes') § 449 Satz 2 (‚Beurkundung des Kaufes'), § 495 Abs. 1 Satz 2 ‚Kauf ist geschlossen' u. ä. Es kann also schon deshalb auf dieses rein äußerliche Moment kein Gewicht gelegt werden."

[3]) ‚Das Recht' 1904 Nr. 2 S. 29.

d) Das Gesetz spricht wiederholt von einem Anspruch auf Wandlung, so §§ 477, 478, 489, 490, während das Rücktrittsrecht bekanntlich ein „Recht des rechtlichen Könnens" im Sinne Zitelmanns, also kein Anspruch ist. Nicht minder heißt es an anderen Stellen, der Käufer könne Wandlung verlangen, so z. B. in § 462. Wie kann ich aber etwas von einem anderen verlangen, was ich schon ohne ihn durch einseitigen Akt herzustellen imstande bin?[1])

Zu alledem hat keiner der zahlreichen Gegner der Vertragstheorie diese Konstruktion bisher zu vertreten gewagt.

Enneccerus. Enneccerus stellt die These auf: Der Wandlungsanspruch gehe auf „Wiederherstellung des Zustandes vor dem Kauf", der Minderungsanspruch auf „Herstellung des Zustandes, wie er sein würde, wenn ein verhältnismäßig geringerer Kaufpreis vereinbart wäre".[2]) Ausschlaggebend für dieses Ergebnis war die Erwägung, daß allein der § 462, nicht aber der § 465, für die Determinierung des Wandlungs- und des Minderungsanspruches entscheidend sei.

Haymann und Langheineken. Auf dem Resultat, das Enneccerus gefunden, bauen Haymann und Langheineken, im wesentlichen gleicherweise, weiter. Insbesondere Langheineken hat seinen Standpunkt in klaren, prägnanten Ausführungen dargetan. Er geht aus von den Erörterungen Windscheids über die verschiedenen Möglichkeiten, wie die „Anfechtung" eines „ungültigen", aber nicht nichtigen Rechtsgeschäftes positivrechtlich geregelt sein kann, weist sodann darauf, daß die verschiedenen (vier sind es) Modalitäten der Aufhebung der Wirksamkeit eines Rechtsvorganges, insbesondere eines Rechtsgeschäftes auch für die Art der Aufhebung eines Rechtszustandes, insbesondere eines Rechtsverhältnisses Geltung haben. Bei der Regelung des Wandlungsrechtes habe sich nun der Gesetzgeber „weder für die dinglich wirkende noch für die obligatorisch wirkende einseitige Erklärung des Käufers entschieden, und er habe auch Abstand davon genommen, eine Bewirkungsklage zu statuieren, die ihr genaues Vorbild in der römischrechtlichen in integrum restitutio gehabt hätte".

So kommt Langheineken zu folgender ausführlichen Definition des Wandlungsrechtes:

> Der Gesetzgeber „hat dem Käufer einen obligatorischen Anspruch verliehen, gerichtet auf Rückgängigmachung des Kaufes, und zwar nicht nur auf Aufhebung des

[1]) Das Recht 1904 Nr. 2 S. 29/30.
[2]) Enneccerus, Bürgerl. Recht I S. 605.

aus dem Kaufe hervorgegangenen Rechtsverhältnisses für die Zukunft, ex nunc, auch nicht auf eine ex tunc wirkende Aufhebung lediglich der an den Kaufvertrag sich unmittelbar anschließenden rechtsgeschäftlichen (vertragsmäßigen) Wirkungen, sondern zugleich auch der mittelbaren Folgen, die erst weiterhin in Veranlassung des begründeten Vertragsverhältnisses hinzugekommen sind, also namentlich auf Rückgängigmachung der zum Zwecke der Erfüllung der beiderseitigen vertraglichen Verbindlichkeiten gemachten Leistungen und auf Schadloshaltung des Berechtigten, des Käufers, wegen der Vertragskosten (arg. § 467 Satz 2). Genau wie aber bei der durch Richterspruch vollzogenen in integrum restitutio sich mit den für den Imploranten günstigen Wirkungen der Wiederherstellung des früheren Rechtszustandes auch Wirkungen verbinden können, die für ihn nachteilig, für den Gegner vorteilhaft sind, indem er herausgeben muß, was er durch die eingetretene rechtliche Wirkung gewonnen hatte, so können beim Wandlungsrechte zu den Verpflichtungen des Verkäufers, die der Durchführung der Wandlung dienen, auch Verpflichtungen des wandlungsberechtigten Käufers in paralleler Richtung hinzutreten (vgl. § 467 Satz 1 zit. §§ 346 ff.). Durch diese Eigentümlichkeit (freilich nicht nur durch diese) unterscheidet sich der Wandlungsanspruch von dem Anspruch auf Befreiung von einer ohne rechtlichen Grund eingegangenen einseitigen Verbindlichkeit (§ 821), sowie von dem Anspruch auf Aufhebung einer durch unerlaubte Handlung erlangten einseitigen Forderung (§ 853). Seinen Inhalt kann man nicht schärfer determinieren als durch die Verweisung auf den Inhalt der in integrum restitutio, in dem Sinne, daß der gleiche Effekt, den bei diesem Rechtsmittel die richterliche Entscheidung herbeizuführen bestimmt ist, beim Wandlungsanspruch durch die Tätigkeit des Verpflichteten, des Verkäufers, hergestellt werden soll; hier bedarf es unter Umständen noch einer Ergänzung dieser Tätigkeit durch Leistungen seitens des Wandlungsberechtigten, während dort die Rückgängigmachung der eingetretenen Wirkungen in einem Zuge gleichzeitig nach beiden Seiten hin durch den Richterspruch erfolgt."

Nach diesen Sätzen hat also das Wandlungsrecht die Bedeutung eines Anspruches auf Rückerstattung der vollzogenen

vertragsmäßigen Leistungen, wie die römische actio redhibitoria. Wie diese, ist es im Sinne einer in integrum restitutio aufzufassen.

§ 20.

Der Vertragstheorie ist somit die Restitutionstheorie entgegengestellt, und daß die Restitutionstheorie im Gesetze enthalten sei, wollen ihre Vertreter aus der grammatischen und logischen Interpretation beweisen. Und das auf folgende Weise:

Nur der § 462 allein enthält die Definition des Wandlungsanspruches. Zum Beweise dieser Behauptung dienen analoge Beispiele aus dem Gesetzbuche, wonach die Inparenthesesetzung der Worte Wandlung und Minderung deutlich zeigt, daß mit den Worten „Rückgängigmachung des Kaufes" und Herabsetzung des Kaufpreises" die Definition der Ausdrücke in der Klammer gegeben werden soll, was für den Kenner der Technik unseres Gesetzbuches ganz zweifellos ist.

Rückgängigmachung des Kaufes aber ist soviel als tatsächliche Aufhebung der Vertragswirkungen, mit anderen Worten tatsächliche Rückgewähr im Sinne des römischen redhibere. Daß dies der wirkliche Sinn des Wortes „Rückgängigmachung" sei, beweist den Vertretern der Restitutionstheorie der herrschende Sprachgebrauch, daß dieser Sinn aber auch gewollt sei, dafür spreche

1. die Beibehaltung des § 383 des ersten Entwurfes, der in keinem Falle zugunsten der Vertragstheorie gedeutet werden könne;
2. das Zugeständnis von Kloß, der (obwohl ein energischer Anhänger der Vertragstheorie) zugibt, daß Wandlung zunächst „eine Art tatsächlicher Änderung" bedeute, und
3. der Hinweis von Eccius, „daß gerade die Wahl des Wortes Rückgängigmachung an Stelle des Ausdrucks Aufhebung darauf hindeutet, daß nach dem Inhalte des Wandlungsrechts dasjenige rückgängig gemacht werden soll, was auf Grund des Kaufes geleistet ist".

§ 21.

Es wäre nun unlogisch, wenn der § 462 bereits eine Definition des Wandlungsanspruches enthielte, daß dann der § 465 noch eine (und gar eine von der ersten abweichende) Begriffsbestimmung brächte. Folglich müsse der § 465 einen anderen Inhalt haben. Und tatsächlich komme ihm nach dem überein-

stimmenden Willen der zweiten Kommission jedenfalls lediglich folgende Bedeutung zu:

> „Mit der Einwilligungserklärung des Verkäufers auf das Wandlungsanerbieten des Käufers den Vollzug d. h. das Endgültigwerden der Wandlung (bezw. der Minderung eintreten zu lassen, d. h. das jus variandi des Käufers damit auszuschließen." [1])

Die Vertreter der Restitutionstheorie lesen demnach den § 465 BGB. so:

> „Die Wandlung **oder** die Minderung **ist** vollzogen, wenn sich der Verkäufer auf Verlangen des Käufers mit ihr einverstanden erklärt"

und lassen dabei „Vollziehung" nicht Ausführung, [2]) Vollführung, [3]) sondern nichts anderes als Definitivwerden bedeuten und beziehen sich auch hierbei wiederum auf den ersten Entwurf, der die Ausdrücke „Vollziehung der Wahl" (§ 208) und „Vollziehung des Rücktritts" (§ 426) gebrauche. So kommen sie zu dem Schluß, daß aus den Worten „ist vollzogen" nichts zugunsten der Vertragstheorie, wie Kipp [4]) will, gefolgert werden könne.

> Fazit: „Der § 465 bestimmt weder die noch eine Art der Vollführung der Wandlung, sondern nichts als den Zeitpunkt der endgültigen Entscheidung darüber, ob Wandlung oder Minderung stattzufinden habe." [1]) [2])

---

[1]) Haymann S. 538.
[2]) vgl. „Vollziehung einer Schenkung" oder einer Auflage.
[3]) vgl. Eccius S. 325; Mensing S. 11; Lobe S. 116.
[4]) Windscheid-Kipp S. 657.
[5]) Haymann S. 539.
[6]) Beachtenswert ist der hiervon abweichende Standpunkt Langheinekens. Er geht aus von der strengen Unterscheidung zwischen Durchführung uud Vollziehung der Wandlung: „jene, die Durchführung der Wandlung, ist Gegenstand des Wandlungsanspruches, nicht die Vollziehung, insbesondere nicht die Vollziehung gemäß § 465." Dieser Gegensatz, von Eccius S. 323f. schon scharf entwickelt, sei durch unglückliche Sprachwendungen Flechtheims und Werners wieder vollkommen verwischt worden. Es wird später auf diese Unterscheidung näher eingegangen werden. — In der Vorschrift des § 465 sieht Langheineken in dem vom Verkäufer auf Verlangen des Käufers erklärten Einverständnis mit Wandlung nur einen Fall der Wandlungsvollziehung; „denn es heißt nicht: ‚Die Wandlung . . . wird dadurch vollzogen, daß sich der Verkäufer auf Verlangen des Käufers mit ihr einverstanden erklärt', sondern: ‚Die Wandlung . . . ist vollzogen, wenn sich der Verkäufer auf Verlangen des Käufers mit ihr einverstanden erklärt.' Die Vorschrift ist also offensichtlich nur exemplikativ gemeint." So auch Staub S. 1359f.; Neumann S. 327. Dagegen Werner S. 283 (IV, V): vgl. Langheineken S. 231/32.

§ 22.

Das allerdings gibt Haymann zu, daß jedes Mißverständnis ausgeschlossen wäre, wenn man in jeder Hinsicht die Ausdrucksweise des ersten Entwurfes beibehalten und statt von der Vollziehung der Wandlung oder der Minderung von der Vollziehung der Wahl zwischen Wandlung und Minderung gesprochen hätte. Aber er findet diese Ungenauigkeit geringfügig „gegenüber den sprachlichen und technischen Absonderlichkeiten, ohne deren Unterstellung der Gesetzestext gar nicht im Sinne der Vertragstheorie ausgelegt werden kann", wo zudem die Vertragskonstruktion in wenigen Worten unzweideutigen Ausdruck im Gesetze hätte finden können, wenn der § 462 etwa lautete:

> „Wegen eines Mangels, den der Verkäufer nach den §§ 459, 460 zu vertreten hat, kann der Käufer vertragsweise Aufhebung des Kaufes (Wandelung) oder vertragsweise Herabsetzung des Kaufpreises (Minderung) verlangen. Das Wahlrecht des Käufers wird erst durch den Vertragsschluß ausgeschlossen."[1])

Die Vertragstheorie hätte auch dann einen deutlichen Ausdruck im Gesetze gefunden, wenn der § 467 in der Fassung Gesetz geworden wäre, wie sie innerhalb der Gesamtkommission[2]) beschlossen war und auch von der Redaktionskommission[3]) festgehalten worden sei. Diese Fassung hätte zu der Auslegung genötigt, daß erst der Eintritt des Tatbestandes des § 465 eine Rückgewährpflicht erzeuge. Aber die Bundesratsvorlage[4]) habe dieses einzige klare Dokument der Vertragstheorie beseitigt und die Fassung des ersten Entwurfes wiederhergestellt.

„Da mithin nach der endgültigen Fassung des § 467 die Vorschriften über das vertragsmäßige Rücktrittsrecht nicht auf die vollzogene Wandlung, sondern ‚auf die Wandlung' Anwendung finden sollen, so kann in dieser Bestimmung auch nur eine Ergänzung der über Voraussetzung und Inhalt des Wandlungsrechtes im § 462 gegebenen allgemeinen Vorschrift gesehen werden. Insbesondere stellt der Hinweis auf die §§ 346, 347 letzter Satz und 348 klar, daß der im § 462 gegebene Wandlungsanspruch auf Rückerstattung des gezahlten Kaufgeldes nebst 4% Zinsen Zug um Zug gegen Rückgabe der Kaufsache gerichtet ist."

---

[1]) Haymann S. 539/40.
[2]) Protokolle S. 801, 802.
[3]) Gruchots Beiträge 1893 Beilageheft 2 S. 105.
[4]) StenB. über die Verhandlungen des deutschen RT. 4. Session 1895/97 Anlage Bd. 1 S. 475.

Die im § 467 bestimmte Nichtanwendbarkeit des § 349 BGB. lehrt nicht, wie Kloß[1]) will, daß nunmehr statt der einseitigen Erklärung des Berechtigten ein Wandlungsvertrag im Sinne des § 469 gesetzliche Voraussetzung der Geltendmachung des Gewährleistungsanspruchs sei, sondern sie zeigt vielmehr im Gegenteil, daß ohne weitere Voraussetzung schon allein „wegen eines Mangels" das Gesetz dem Käufer die Ansprüche aus §§ 462, 467 zubilligt. Das Recht auf Wandlung entspricht nicht, wie Kloß will, dem „Rechte zurückzutreten,"[2]) sondern dem Rechte nach erfolgtem Rücktritte, die „Wandlung" schlechthin bedeutet aber im Gesetze bald den Anspruch auf Rückgewähr (§ 474 Abs. 2), bald dessen tatsächliche Durchführung (§§ 470, 471).[3])

§ 23.

Das also ist für die Vertreter der Restitutionstheorie die Bedeutung des § 465. Langheineken führt dazu noch aus,[4]) daß der in § 465 bezeichnete Vorgang nicht als Vertrag gedacht zu werden brauche;

> „denn die Wendung ‚auf Verlangen des Käufers' erklärt sich ohne Zwang aus dem Umstande, daß der Wandlungs- wie der Minderungsanspruch sich als Alternativansprüche charakterisieren und demnach verhaltene Ansprüche vorstellen" (mit der erörterten Besonderheit hinsichtlich des Endpunktes des Wahlrechtes). „Das dem ‚Verlangen der Wandlung bezw. Minderung', also der Geltendmachung dieses verhaltenen Anspruches nachfolgende Einverständnis, das die Wandlung oder die Minderung vollzieht, erscheint danach als einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung, eine Auffassung, die durch die Vermeidung von Ausdrücken wie ‚Antrag', ‚Vereinbarung', ‚Einigung', ‚Übereinkommen' im Gesetz noch bestätigt wird."[5])

§ 24.

„Einen bedeutsamen Beweisgrund"[6]) ja „den schlagendsten Beweis"[7]) gegen die Vertragstheorie finden ihre Widersacher im

---

[1]) Kloß S. 288.
[2]) Diese Ausdrücke sind übrigens gar nicht quellenmäßig.
[3]) Haymann S. 540, 541.
[4]) Langheineken S. 232, 233. Sein Standpunkt zu § 465 wurde oben betont.
[5]) Langheineken S. 233.
[6]) Langheineken S. 219.
[7]) Haymann S. 541.

§ 480.[1]) Hiernach kann der Käufer einer Gattungssache statt der Wandlung oder Minderung „verlangen, daß ihm an Stelle der mangelhaften Sache eine mangelfreie geliefert wird". „Auf diesen Anspruch", sagt der Paragraph weiter, „finden die für die Wandlung geltenden Vorschriften der §§ 464—466 . . . entsprechende Anwendung." Also auch der § 465! Haymann nennt es „einen unlösbaren Widerspruch", in dem der erste und der zweite Satz dieses Paragraphen stünden, falls die Auslegung der Vertragstheorie von § 465 richtig wäre.[2])

> „Denn in diesem Falle würde der erste Satz des Paragraphen unzweideutig besagen: Der Käufer hat Anspruch auf Lieferung einer mangelfreien Sache. Der zweite Satz aber: Der Käufer hat zunächst durchaus keinen Anspruch auf tatsächliche Nachlieferung, sondern nur einen Anspruch darauf, daß der Verkäufer seine Einwilligung in einen Vertrag erkläre, kraft dessen erst der Käufer ein Recht auf Nachlieferung erhält! Daß ‚Rückgängigmachung des Kaufes' nichts anderes sei als Beseitigung des Kaufvertrages durch einen Aufhebungsvertrag, ist sprachlich wenigstens noch denkbar,[3]) daß aber der Anspruch auf Lieferung einer mangelfreien Sache nur den Anspruch auf Abschluß eines Lieferungs- oder genauer Umtauschvertrags bedeute, das ist sprachlich doch wohl ausgeschlossen!"[4])

§ 25.

Die Vertreter der Restitutionstheorie schließen endlich auch aus der logischen Interpretation des Gesetzestextes die Unhaltbarkeit der Vertragskonstruktion.

Es kann nach ihrer Ansicht auch von den Anhängern der herrschenden Meinung nicht geleugnet werden, daß mit dem Wandlungsrechte in letzter Linie allein die tatsächliche Rückgewähr der Leistungen aus dem Kaufe erreicht werden soll.

Dieses Ziel zu erreichen, war der einfachste Weg der, dem Käufer den unmittelbaren Anspruch auf Rückgewähr zu geben, wie es im römischen Rechte auch war. Und da das Gesetzbuch die Rechtsauffassung der Römer laut Denkschrift[5]) und

[1]) Staub zu § 347 Anm. 46.
[2]) Haymann S. 541.
[3]) Ein immerhin (wie später zu beweisen ist) beachtenswertes Zugeständnis!
[4]) Haymann S. 541.
[5]) Berlin, Liebmann 1898, S. 92/93.

laut Motive[1]) zum Muster genommen, sei es wenig wahrscheinlich, daß es „einer gar nicht erforderlichen Konstruktion zuliebe" dem Käufer „zur Erreichung seines klaren Rechtes die langwierige Durchführung zweier Prozesse[2]) zumuten, bis zur rechtskräftigen Entscheidung des ersten ihm aber die Aufrechnung mit dem Wandlungs- oder Minderungsanspruche und die Inverzugsetzung des Verkäufers hinsichtlich des Restitutions- bezw. Nachlieferungsanspruchs unmöglich machen wollte.[3]) [4])

Der § 465 sollte, wie oben bereits ausgeführt, vor allen Dingen den Zeitpunkt, in welchem das jus variandi des Käufers zwischen den beiden Ansprüchen ausgeschlossen wird, hinausschieben bis zur Einwilligung des Verkäufers hinaus über eine einseitige Erklärung des Wahlberechtigten. Nach der Vertragstheorie wäre aber der Käufer an die von ihm zu machende Vertragsofferte gebunden, was der Gesetzgeber durch Einfügung des § 465 gerade vermeiden wollte.

§ 26.

Ferner lesen die Bekämpfer der Vertragstheorie aus den Bestimmungen des § 478 BGB. eine direkte Ablehnung dieser Konstruktion. Eccius[5]) und Lobe[6]) haben zuerst diesen Versuch unternommen, und Haymann schließt sich diesem ihm überzeugend scheinenden Nachweis an. Wenn der Käufer — wie nach diesem Paragraphen unzweifelhaft sei — auch ohne Durchsetzung seines angeblichen Anspruches auf Vertragsschluß, auch nach der Verjährung, die exceptio redhibitoria und quanti minoris habe, so habe er gewiß auch diese erst recht vor Ablauf der Verjährung besessen; habe er aber die exceptio, so habe er gewiß auch die actio, gerichtet nicht nur auf Unterlassung der Geltendmachung des Kaufgeldanspruches, sondern sogar positiv auf Liberierung von der Kaufgeldschuld.[7])

Auch hier ist der teilweise gegensätzliche Standpunkt Langheinekens nicht ohne Interesse. Ihm scheint „weder die in § 466 getroffene Bestimmung noch das Bestehen der Wandlungseinrede (d. h. der Einrede des Wandlungsanspruches) schon vor

---

[1]) Bd. 2 S. 227, 230.
[2]) Eine Frage, die in einem späteren Paragraphen behandelt werden wird.
[3]) Lobe S. 110.
[4]) Haymann S. 542.
[5]) Eccius S. 321, 322.
[6]) Lobe S. 115.
[7]) Haymann S. 544.

der Verjährung des Wandlungsanspruches unverträglich zu sein mit der Vertragstheorie,[1]) und erst recht nicht kann ihr der Umstand entgegengehalten werden, daß sich aus ihr nicht die Erstreckung der kurzen Verjährung (§ 477 Abs. 1 Satz 1) auf die Ansprüche aus der vollzogenen Wandlung ableiten läßt; denn in Wahrheit gilt die kurze Verjährung auch gar nicht für diese".[2])

> „Keine Vollziehung der Wandlung oder Minderung bedeutet die Geltendmachung der Einrede des Wandlungsanspruches oder die daraufhin erfolgende rechtskräftige Abweisung der Klage des Verkäufers auf Preiszahlung;[3]) denn durch diese Abweisung wird nicht der Wandlungsanspruch rechtskräftig festgestellt (CPO. § 322 Abs. 1)."[4])

§ 27.

Aus der im § 480 ausdrücklich erklärten Anwendbarkeit des § 465 folgern die Gegner, daß nach der Vertragstheorie „der Käufer mithin nur dann zu seinem Rechte kommen könne, wenn der Verkäufer ihm noch einmal verspricht, was er ihm schon einmal bindend versprochen und doch nicht gehalten hatte"![5])

In Konsequenz hierzu steht der Hinweis:

„In der Zitierung des § 479 im § 480 wird die Kompensabilität des gleichfalls dem § 465 unterworfenen Anspruches auf Nachlieferung unzweideutig anerkannt, was unmöglich wäre, wenn dieser Anspruch nur auf Abschluß eines Umtauschvertrages ginge, wohl aber denkbar ist, wenn unmittelbar die Nachlieferung einer mangelfreien Gattungssache nach § 480 trotz § 465 gefordert werden kann und der Verkäufer gegen den Käufer einen gleichartigen Anspruch hat."[6])

---

[1]) vgl. das Argument in der beachtenswerten Anm. 1 bei Langheineken S. 220.

[2]) vgl. abweichend Matthiaß S. 208 (DJZ.); Neumann S. 334; zustimmend Kipp S. 657; Staub S. 1371; Planck, Komm. II S. 257. und ferner:

[3]) Zu der entgegengesetzten Annahme wird Eccius S. 322 g. E. S. 325 f., S. 330 f. von seinem grundsätzlichen Standpunkte aus folgerichtig gedrängt, dabei setzt er offenbar voraus (arg. Anm. 40 S. 331), daß die Gewährleistungsansprüche noch nicht verjährt sind; ähnlich Matthiaß S. 500 u. 208 DJZ.; Werner S. 339; Kipp S. 657; Staub S. 1359; Crome, System II S. 476; Dernburg, Bürgerl. Recht II S. 75. Im Sinne Langheinekens Lobe S. 115; Kloß S. 291; Flechtheim S. 91; Neumann a. a. O. Nr. 6; Planck S. 259 f.; Staudinger S. 226.

[4]) Langheineken S. 237, 238.

[5]) Haymann S. 545.

[6]) Ibid. S. 546.

Also könne die Nichtaufnahme der Ansprüche aus § 462 im § 479 nicht mit der aus der Vertragstheorie zu folgernden Inkompensabilität dieser Ansprüche begründet werden.

Haymann versucht sogar den Nachweis zu erbringen, daß das Gesetz direkt die Aufrechenbarkeit des Anspruches auf Wandlung und Minderung anerkannt habe, die er folgert

1. aus der Zusammenstellung der §§ 634, 638 und 639 BGB. über den Werkvertrag,
2. aus der rechtlichen Natur des oben besprochenen Umtauschvertrages.[1])

§ 28.

Beith. Beith kommt unter bewußter Hintansetzung der in den Materialien zutage tretenden Auffassung zur Ablehnung der Vertragstheorie. Der § 465 wolle „unter Vollziehung der Wandlung lediglich eine definitive Bindung an die einmal gewählte Alternative verstanden wissen", „aber keineswegs eine Form tatsächlicher Ausführung oder Geltendmachung"! So gelangt er „zu einer Gestaltung, welche alle Merkmale der römischrechtlichen Redhibition an sich trägt".[2])

Es sei hier darauf hingewiesen, daß die übrigen, bis jetzt nicht oder in Ausnahmefällen zitierten Gegner der Vertragstheorie teils gar keine Begründung ihres Standpunktes geben, teils zwar mit kurzen Worten darauf eingehen, im wesentlichen aber nichts anderes, als was in obigen Ausführungen niedergelegt ist, vorbringen.

Ehrlich. Ehrlich schließt sich der neuen Theorie an, wobei für ihn hauptsächlich der Grund maßgebend ist: „daß Eccius und Lobe die Aufsätze, in denen sie die herrschende Theorie anfechten, ganz unabhängig voneinander und fast genau zu gleicher Zeit veröffentlicht haben, daß sie in ihrer Begründung streng logisch und stets mit Bezugnahme auf das Gesetz vorgegangen sind".[3])

Mensing. Die Anschauung Mensings gipfelt in den Worten: Rückgängigmachung bedeute:

> „Es muß der Zustand hergestellt werden, ut uterque nihil amplius consequatur, quam haberet, si venditio facta non esset (l. 23 § 1 D. 21, 1). Also: kann der Käufer von dem Verkäufer verlangen, daß dieser alles

---

[1]) Haymann S. 546 ff.
[2]) Beith S. 66.
[3]) Ehrlich S. 63.

tut, was seinerseits zur Herstellung des status quo ante erforderlich ist; denn der Anspruch ist das Recht, von einem andern ein Tun (oder Unterlassen) zu verlangen."[1])

Goudefroy: Goudefroy nennt die Vertragskonstruktion „eine juristische Abnormität", die zu „unerträglichen Konsequenzen" führe.[2])

Levy. Levys Ansicht bewegt sich vollständig im Gleise Haymanns.[3])

Steinitz auch schließlich bekämpft die Vertragstheorie, wobei er, wie bereits oben bemerkt, sich auf den Standpunkt Fischers und Friedenthals stellt.[4])

§ 29.

Eine kurz zusammengedrängte Rekapitulation ergibt sonach als Anschauung der Vertreter der Restitutionstheorie folgende Punkte:

A. Allgemeines:

I. Folgerungen aus der Entstehungsgeschichte des Gesetzes:
1. Der erste Entwurf enthielt unzweifelhaft nicht die Vertragskonstruktion.
2. Die Entstehungsgeschichte des § 465 BGB. spricht gegen die Vertragstheorie.
3. Die zweite Kommission
   a) vertrat zwar in ihrer Mehrheit die Vertragstheorie,
   b) hat aber ihre Theorie selbst preisgegeben.

II. Folgerungen aus dem Gesetze selbst:
1. Die grammatische wie auch
2. Die logische Interpretation des Gesetzestextes führen zu einer Ablehnung der Vertragstheorie.

B. Spezielles:

I. Einzig und allein der § 462 enthält die Begriffsbestimmung des Wandlungs- und Minderungsanspruches.

II. Der § 465 bezeichnet lediglich den Zeitpunkt, wann das jus variandi des Käufers endigt.

[1]) Mensing S. 4/5.
[2]) Goudefroy S. 39.
[3]) Levy S. 24 ff.
[4]) Steinitz S. 40.

III. Der § 466 ist nicht als Waffe gegen die Vertragskonstruktion zu verwenden.

IV. Der § 478 enthält eine direkte Ablehnung der Vertragstheorie: denn er kennt ein Zustandekommen der Wandlung ohne Vertrag.

V. Im § 479 ist die Aufrechenbarkeit des Nachlieferungsanspruches anerkannt, also kann dieser Anspruch kein Anspruch auf Umtauschvertragsabschluß sein.

VI. Die im § 480 ausdrücklich genannte Anwendbarkeit des § 465 spricht gegen die Vertragskonstruktion.

Also — so folgern sie — bleibt nach all diesen Feststellungen nichts anderes übrig, als die Vertragstheorie aufzugeben und ihr gegenüber die Restitutionstheorie als gewollten und tatsächlichen Inhalt des Gesetzes zu verfechten.

Und hiernach ist die Wandlung ihrer rechtlichen Natur nach der Anspruch auf Rückerstattung der vollzogenen vertragsmäßigen Leistungen. Sie entspricht der römischen actio redhibitoria und ist wie diese im Sinne einer in integrum restitutio aufzufassen.[1])

Die Vertragstheorie.

§ 30.

Das Bestreben der Vertreter der Vertragstheorie ist nun natürlicherweise ein doppeltes. In erster Linie gehen sie darauf aus, zu beweisen, daß nur ihre Konstruktion Inhalt des Gesetzes sei, die Durchführbarkeit ihrer Meinung darzutun und demgemäß die Einwürfe ihrer Widersacher zu entkräften, dann aber bemühen sie sich auch, den Nachweis der Unmöglichkeit und Undurchführbarkeit der Restitutionstheorie zu erbringen.

Auch sie wählen den doppelten Weg zum Ziele zu gelangen: indem sie sowohl die Materialien des Gesetzbuches als auch die Auslegung des Gesetzbuches zur Argumentation herbeiziehen.

„Die Konstruktion eines Anspruches auf Wandlungsvertragsschluß ist aus dem Schoße der zweiten Kommission geboren.“[2])

Die Protokolle geben hierüber klaren Aufschluß:

> „Man könne das Verhältnis ohne Zwang in der Art gestalten, daß der Mangel den Käufer berechtige, die

---

[1]) vgl. Oertmann, Das Recht 1904 Nr. 2 S. 30.
[2]) Matthiaß, DJZ. S. 205.

Aufhebung des Kaufes oder die Herabsetzung des Kaufpreises durch einen hierauf gerichteten Vertrag vom Verkäufer zu verlangen. Weigere sich der Verkäufer einen solchen einzugehen, so könne er darauf verklagt werden und werde durch das rechtskräftige Urteil nach den Vorschriften der Zivilprozeßordnung seine Einwilligung ersetzt."[1])

„Als Folge der Aufhebung des Kaufes ergebe sich dann von selbst das Recht des Käufers, die Zahlung des Kaufpreises zu verweigern, und falls er bereits gezahlt habe, das Gezahlte zurückzufordern."[1])

Ferner:

„Das Gesetz müsse der Rechtsanwendung einen deutlichen Fingerzeig für die ihm zugrunde liegende Konstruktion geben. Der Entwurf konstruiere das Recht auf Wandlung (und entsprechend das auf Minderung) als Anspruch, kraft dessen der Käufer vom Verkäufer die Einwilligung in die Aufhebung des Kaufes, die Annahme des auf diese gerichteten Vertragsantrages verlangen könne. Die Wandlung sei mithin vollzogen mit der Erklärung des Einverständnisses seitens des Verkäufers oder der diese ersetzenden Verurteilung desselben."[2])

Diese Äußerungen enthalten in so klarer, präziser Weise die Ansicht der Mehrheit der zweiten Kommission, daß selbst die Gegner der Vertragstheorie zugeben: ein Ankämpfen gegen die Vertragstheorie wäre ein eitles Unterfangen, wenn die Rechtsauffassung der Kommissionsmehrheit für den Ausleger des Gesetzes bindende Kraft besäße.[3]) Darum bestreiten sie diese Verbindlichkeit mit den in der Einleitung sowie im Beweisgang der Gegner angeführten Gründen und stützen sich hauptsächlich auf den Gesetzestext. Aber auch diese Position scheuen die Vertreter der Vertragskonstruktion keineswegs. Im Gegenteil! Sie stellen im Einklang mit der oben zitierten Entstehungsgeschichte den Satz auf:

Der Wandlungsanspruch ist aufzufassen als Anspruch auf Einwilligung in die Wandlung,[4]) also auf einen Wandlungsvertrag,

[1]) Protokolle S. 680.
[2]) Protokolle S. 710.
[3]) Haymann S. 529.
[4]) So Kloß S. 287 ff; Hellwig S. 383 Anm. 5; Staudinger, Komm. II § 462 Nr. 3c S. 207; Flechtheim S. 72 (Anspruch auf „Einwilligung in die Rückgängigmachung des Kaufes"); Kipp S. 657 („Anspruch auf die Zustimmungserklärung des Verkäufers"); Dernburg

durch dessen Abschluß die beiderseitigen Ansprüche auf Rückgewähr der empfangenen Leistungen begründet werden. Der Wandlungsvertrag soll nicht nur die Wirkungen des Kaufvertrages paralysieren, sondern einen Vertragsanspruch auf Durchführung der Wandlung, auf Wiederherstellung des status quo ante begründen.[1])

§ 31.

Die Begründung, welche die Vertreter der Vertragstheorie aus dem Gesetze selbst für ihre Konstruktion gewinnen, ist im wesentlichen folgende:

Nach § 462 BGB. steht dem Käufer einer Sache der Anspruch zu, wegen eines von dem Verkäufer zu vertretenden Mangels Rückgängigmachung des Kaufes (Wandlung) oder Herabsetzung des Kaufpreises (Minderung) zu verlangen.

Vor allem ist hier der Begriff „Rückgängigmachung" endgültig und eindeutig zu definieren. Wir sahen, daß die Gegner behaupteten:

Rückgängigmachung = redhibere:

> „Redhibere est facere ut rursus habeat venditor, quod habuerit et quia reddendo id fiebat idcirco, redhibitio est appellata quasi redditio".

Und zur Bekräftigung ihrer Ansicht verwiesen sie auf den herrschenden Sprachgebrauch. Das kann nun ohne weiteres zugegeben werden, daß es sprachlich sehr wohl möglich ist, daß der Ausdruck „Rückgängigmachung" die tatsächliche Rückgewähr im Sinne von redhibere bedeuten kann. Ebenso kann aber die Möglichkeit nicht bestritten werden, daß unter „Rückgängigmachung" auch die übereinstimmende auf Aufhebung des Vertrages gerichtete Willenserklärung der Parteien verstanden werden kann.

S. 57 (Anspruch auf „Einwilligung in den Wandlungsvertrag"); Küntzel S. 433 (Anspruch auf „Vertragsschließung"); Oertmann S. 186 („erst hiernach [nach der Einwilligung] folgt daraus ein besonderer Anspruch auf Rückerstattung"); Planck II S. 248 („Anspruch auf Annahme des Vertragsantrages"); Crome, System II Anm. 9 S. 460 entwickelt folgende „Stufenleiter": Wandlungsanspruch, Wandlungsvertrag, Recht auf Durchführung der Wandlung; Langheineken S. 216.

[1]) vgl. Schollmeyer S. 17, 2. Aufl. S. 29ff.; während Haymann nur einen Kondiktionsanspruch aus dem Wandlungsvertrag hervorgehen läßt, S. 538.

Läßt sich aber der Beweis erbringen, daß diese letztere Deutung in unserem Falle stichhaltig ist, so enthält der § 462 die klare Bestimmung des Wandlungsvertrages:

> „Der Käufer kann die Aufhebung des Vertrages durch übereinstimmende Willenserklärung verlangen."

Und zwar sind die Vertreter der Vertragskonstruktion da fast einstimmig der Meinung: Hätte der Gesetzgeber mit „Rückgängigmachung" die „tatsächliche Rückgewähr" bezeichnen wollen, so hätte er diesen letzteren dem Gesetze geläufigen Ausdruck gebraucht. Diese Behauptung suchen die Gegner allerdings zu entkräften mit dem Einwurf: Es habe die Möglichkeit vorgelegen, jedes Mißverständnis auszuschließen, wenn die Verfasser den Ausdruck „Aufhebung", der ihnen ebenfalls geläufig sei, angewendet hätten, indem sie ihn in den Gesetzestext aufnahmen.

Der Aufnahme dieses Ausdruckes lag aber ein bemerkenswertes Hindernis im Wege. Nach Endemann und Schroeder war nämlich zur Vermeidung dieser Ausdrucksweise folgender Grund maßgebend:

> „Aufhebung tritt als Folge einseitiger Willenserklärung nach dem Sprachgebrauch des Gesetzes ein; wie aus dem ganzen Zusammenhang der Regeln folgt und allerseits anerkannt wird, sollte eine einseitige Erklärung des Käufers aber nicht genügen; jeglicher darauf auch nur leise hindeutender Ausdruck mußte schon zur Vorbeugung von Mißverständnissen strengstens vermieden werden." [1])

Außerdem ist noch ein anderer Gesichtspunkt [2]) vorhanden, der alle aus der Aufrechterhaltung der Fassung des ersten Entwurfes entspringenden Bedenken zu beseitigen vermag, da nach Berücksichtigung desselben die Deutung des im Gesetze nur hier und im analogen § 634 gebrauchten Ausdrucks Rückgängigmachung nur in dem Sinne von Aufhebung durch übereinstimmende Willenserklärung verbleibt. Das ist der Umstand, daß der Gesetzgeber das Wort „Rückgängigmachung" mit der Wendung „Herabsetzung" in ein und demselben Paragraphen zusammenstellt.

Schroeder sucht diese Behauptung durch einen ausführlichen Vergleich der beiden Begriffe „Rückgängigmachung" und „Herabsetzung" zu beweisen. Mit Glück stützt er sich dabei auf ein Zitat Mensings, [3]) eines Gegners der Vertragstheorie:

---

[1]) Schroeder S. 31.
[2]) Ibid. S. 31.
[3]) Mensing S. 5.

„Der Wortlaut der Bestimmung, daß der Käufer vom Verkäufer Herabsetzung des Kaufpreises verlangen könne, paßt zunächst nur auf den Fall, daß der Käufer den Kaufpreis noch nicht gezahlt hat. Sie bedeutet dann, der Käufer kann verlangen, daß ihn der Verkäufer von der durch den Kaufvertrag begründeten Verbindlichkeit zur Zahlung des Kaufpreises teilweise befreie. Es besteht für den Käufer mithin ein Anspruch auf Abgabe einer Willenserklärung, durch welche eine Änderung des Vertrages erzielt wird; daß eine solche Vertragsabänderung aber nicht durch den Verkäufer allein vorzunehmen ist, daß seine Willenserklärung immer nur eine Mitwirkung bei einem Vertrage enthalten kann, ist selbstverständlich, wenn man erwägt, daß — mangels anderer Vorschrift — eine, wenn auch nur teilweise Befreiung von vertraglichen Verpflichtungen nur durch einen zweiten Vertragsschluß bewirkt werden kann." [1])

Soviel scheint nach diesen Auslassungen klar zu liegen, daß der Gesetzgeber bei der Minderung resp. bei der Konstruktion der sie betreffenden Vorschriften davon ausgegangen ist, daß ein Austausch der Leistungen, vor allem eine Zahlung des Kaufpreises noch nicht erfolgt ist. Da nun aber die Definition der beiden Ansprüche Wandlung und Minderung in einem und demselben Paragraphen beieinanderstehen, ist folgerichtig nicht einzusehen, daß für die Wandlung die aus dem Vertrage entspringenden Leistungen des Käufers schon als bewirkt anzusehen seien. Wenn man also Rückgewähr der Leistungen als gewollten und tatsächlichen Inhalt des Wandlungsverlangens erklärt, so mutet man dem Gesetzgeber eine merkwürdige, ja unbegreifliche Inexaktheit zu. Es ist aber, meint Schroeder, „mit einer an Gewißheit grenzenden Wahrscheinlichkeit anzunehmen, daß er (der Gesetzgeber), ähnliches zusammenordnend, von gleichem Gesichtspunkte ausgegangen ist, daß er bei der Gestaltung der Gewährleistungsansprüche den gleichen Fall zugrunde gelegt hat. Dann aber ist die ‚Rückgängigmachung' nicht mehr als tatsächliche ‚Rückgewähr', vielmehr nur als ‚Willenserklärung, welche den Käufer — nicht teilweise, sondern — völlig befreien soll', zu verstehen: auch das Wandlungsverlangen enthält nur einen Anspruch auf den Abschluß eines Vertrages".[2])

Darnach ist wenigstens für den Fall der Nichterfüllung durch

[1]) Schroeder S. 32.
[2]) Schroeder S. 33.

den Käufer der Wandlungsvertrag nicht aus dem Gesetze heraus zu konstruieren. Es besteht aber die Wahrscheinlichkeit, daß das Gesetz in seiner Fassung gleicherweise auch die schon geschehene Leistung des Käufers hat mit berücksichtigen wollen, zumal im Leben die Zug-um-Zug-Leistung das Normale ist. „Auch in diesem Falle ist die Wendung ‚Herabsetzung' wohl haltbar, sie hat auch hier die Verbindlichkeit des Verkäufers zur Abgabe einer Willenserklärung als Inhalt." [1])

Daß mit der Minderung, der Herabsetzung des Kaufpreises, lediglich der rechnerische Vorgang einer entsprechenden Preisreduktion, nicht aber der tatsächliche einer anteilsmäßigen Rückzahlung des Preises, gemeint sein kann, sollte auch nach Oertmann nicht bestritten werden. Oertmann steht darum hinsichtlich der Bedeutung „Rückgängigmachung" auf einem ähnlichen Standpunkt, wie Schroeder, indem er sagt:

> „Man wird diesen angeblich ‚herrschenden Sprachgebrauch' als eine ganz beweislose petitio principii leugnen dürfen, und wenn Haymann seine Auslegung des § 462 als von ‚den Anhängern der Vertragstheorie' als möglich zugegeben darstellt, so kann ich das für meine Person nicht als richtig annehmen. Ich bestreite durchaus die Möglichkeit einer Auslegung, die dem Gesetze ohne Not den Vorwurf einer liederlichen Redaktion eintragen müßte. Denn wie der Kauf und die Erfüllung des Kaufes durchaus zweierlei sind, so auch die Rückgängigmachung des Kaufes, von der § 462 allein redet, und diejenige der zur Erfüllung des Kaufes vollzogenen Leistungen. Diese Unterscheidung ist schon deshalb unerläßlich, weil nach der gegnerischen Interpretation § 462 gar nicht alle Fälle träfe — nämlich alle diejenigen nicht, wo von der einen oder anderen Seite noch nicht oder doch nicht vollständig geleistet worden ist." [2])

Nach all dem Gesagten dürfte demnach die Feststellung unbezweifelt sein, daß die Minderung des Kaufpreises stets durch eine Einigung der Parteien, durch Willenserklärung beider Seiten, durch Vertrag sich vollzieht. Warum — so ist der konsequente Schluß — sollte das Wandlungsverlangen einen völlig anderen Inhalt haben?

Schließlich verweist Schroeder noch auf das Analogon, das der Vergleich der beiden Ausdrücke „Rückgängigmachung" und „Herabsetzung" im § 471 BGB. findet.

---

[1]) Schroeder S. 33.
[2]) Das Recht 1904 a. a. O.

Der § 471 BGB. hat den Wortlaut:

„Findet im Falle des Verkaufs mehrerer Sachen für einen Gesamtpreis die Wandlung nur in Ansehung einzelner Sachen statt, so ist der Gesamtpreis in dem Verhältnisse herabzusetzen, in welchem zur Zeit des Verkaufs der Gesamtwert der Sachen in mangelfreiem Zustande zu dem Werte der von der Wandlung nicht betroffenen Sachen gestanden haben würde."

Der Gesamtpreis soll also „herabgesetzt" werden, also soll dem Käufer ein Anspruch auf Abgabe einer Willenserklärung seitens des Verkäufers gegeben sein.

„Wandlung in diesem Paragraphen mit tatsächlicher Rückgewähr zu identifizieren ist schlechterdings eine Unmöglichkeit."[1])

Somit wäre in wohl erschöpfender Weise dargetan, daß schon der § 462 allein eine sehr gewichtige Stellung und eine nicht zu übersehende Stütze für die Vertragstheorie bildet.

§ 32.

Ebenso darf aber nach der Vertragstheorie bei der Definition des Wandlungsanspruches der § 465 BGB. nicht übergangen werden; denn auch dieser Paragraph gibt wichtige Anhaltspunkte für die rechtliche Natur der ädilizischen Rechtsmittel. Die im § 462 erwähnten Wandlungs- und Minderungsansprüche sind nach der Vertragstheorie identisch mit dem Anspruch auf Vollzug der Wandlung (bezw. der Minderung) im Sinne des § 465.

Die juristische Struktur dieses Anspruches ist sonach aus § 465 folgendermaßen aufzufassen:

Der § 465 sagt klar und deutlich:

„Die Wandlung (die der Käufer nach § 462 verlangen kann) ist vollzogen, wenn sich der Verkäufer auf Verlangen des Käufers mit ihr einverstanden erklärt."

Vor allem ist nach den Regeln der Grammatik und Logik festzustellen, daß das Wort „Verlangen" sich auf „einverstanden" bezieht, und daß die Gegenmeinung, es beziehe sich auf „Wandlung", dem deutschen Sprachgebrauche Gewalt antut.[2])

---

[1]) Schroeder S. 33.

[2]) Man braucht ja nur den Satz aufzulösen:

Frage: Was verlangt der Käufer? { Antwort A: Wandlung. / Antwort B: Einverständniserklärung.

Frage: Was ist die Folge dieses Verlangens nach § 465?

Antwort: Der Käufer erklärt sich einverstanden.

Der Sinn des Paragraphen ist demnach:

Die Wandlung ist in dem Augenblicke vollzogen, d. h. zum Abschluß gebracht, ist vollendet, ist ausgeführt, sobald der Verkäufer sich mit dem hierauf gerichteten Anerbieten des Käufers einverstanden erklärt hat.

Wille und Absicht des Käufers kann aber natürlich billigerweise nur darauf gerichtet sein, daß die Wandlung vollzogen, d. h. ausgeführt werde, also steht ihm zunächst auch nichts anderes zu, als eben der Anspruch auf Erklärung dieses Einverständnisses; denn zum tatsächlichen Abschluß kommt die Wandlung dadurch, daß diese Willenserklärung seitens des Verkäufers in Übereinstimmung mit dem Anerbieten des Käufers abgegeben wird, mit anderen Worten, durch die vertragsmäßige Einigung beider Teile über die Wandlung.

Wie erlangt nun der Käufer die tatsächliche Rückgewähr bereits bewirkter Leistungen? Haymanns Ansicht ist die:

> „Der § 465 gibt den einzigen Weg an, auf dem der Vollzug der Wandlung und damit die Realisierung des Anspruchs des Käufers auf Wandlung möglich ist. Erst vermöge des Wandlungsvertrags erlangt der Käufer das Recht auf tatsächliche Rückgängigmachung der Wirkungen des Kaufvertrages nach Maßgabe der im § 467 für anwendbar erklärten Vorschriften über das vertragsmäßige Rücktrittsrecht, also z. B. nach § 346 den Anspruch auf Rückerstattung des gezahlten Kaufgeldes. Aber dieser Anspruch folgt nicht unmittelbar aus seinem „Rechte auf Wandlung", sondern ist erst ein Ausfluß aus der durch Vertrag bewirkten Vollziehung der Wandlung, er ist ein Recht „aus der Wandlung". Erst die Erfüllung seines Anspruches auf Wandlung, d. h. der Wandlungsvertrag, schafft den Rechtsgrund für diesen Anspruch auf Rückerstattung des Gezahlten. Dieser Anspruch wird schon in den Protokollen [1]) als eine Folge der Aufhebung des Kaufes bezeichnet. Nach dieser Auffassung handelt es sich also um eine condictio ob causam finitam, die nur im § 467 in ihren Einzelwirkungen besonders normiert ist, nicht aber um einen kontraktlichen Anspruch, der schon durch den Wandlungsvertrag als solcher geschaffen wird. Der Anspruch soll nicht aus dem Aufhebungsvertrage, sondern aus der geschehenen Aufhebung folgen. In dem Wandlungsvertrage verpflichten sich also

[1]) Protokolle S. 680 (oben zitiert).

die Parteien nicht notwendig zur Rückgewähr, sondern sie heben nur den Kaufvertrag mutuo dissensu auf (vgl. auch Protokolle S. 801), und aus dieser Vertragswirkung (dem Fortfalle der causa) entspringt erst die Kondiktion."[1])

Es muß betont werden, daß die hier ausführlich dargetane Ansicht, daß der Inhalt des Wandlungsvertrages einzig in der Aufhebung des Kaufvertrages bestehe und nicht notwendig die Parteien zur Rückgewähr verpflichte, nicht von allen Anhängern der Vertragstheorie geteilt wird. Vielmehr findet sich auch die Ansicht, der Wandlungsvertrag sei unmittelbar auf Rückgewähr der Vertragsleistungen gerichtet. So befindet sich Haymann in bewußtem Gegensatz zu Simeon,[2]) Flechtheim[3]) und Böhm.[4]) Namentlich vertritt er Eccius gegenüber seinen Standpunkt. Eccius[5]) kam zu seinem Haymann entgegengesetzten Resultat auf Grund der Erwägung, daß „wer Verträge schließt, auch die Rechtsfolgen dieser Verträge rechtsgeschäftlich wolle". Diese Begründung hält Haymann (arg. 41 S. 528) nicht für stichhaltig, indem er zum Schluß auch auf die Stelle in den Motiven hinweist.

„In betreff der Aufhebung eines bestehenden, insbesondere eines auf Vertrag beruhenden Schuldverhältnisses durch Übereinkunft der Parteien ist gemäß dem Grundsatze der Vertragsfreiheit zunächst . . . zweifellos, daß, wenn noch von keiner Seite eine Leistung erfolgt ist, den Parteien freisteht, einen Vertrag bezw. einen neuen Vertrag des Inhalts zu schließen, der frühere Vertrag solle dergestalt außer Kraft treten, als wäre das betreffende Schuldverhältnis nie begründet, insbesondere der frühere Vertrag nicht geschlossen worden . . . Wie es mit der Erstattungspflicht sich verhält, muß in jedem konkreten Falle der Inhalt des Vertrages ergeben, und, wenn dieser dunkel oder lückenhaft ist, im Wege der Auslegung unter Würdigung der besonderen Umstände ermittelt werden."[6])

Übrigens sagt auch beispielsweise Kuhlenbeck[7]) in Anlehnung an Schollmeyer[8]): „War schon mit der Erfüllung

[1]) Haymann S. 527, 528.
[2]) Simeon bei Haymann S. 525.
[3]) Flechtheim a. a. O. Note 14a.
[4]) Böhm, Das Recht 1901 S. 308.
[5]) Eccius S. 520.
[6]) Mot. II S. 79, 80.
[7]) Kuhlenbeck, BGB. S. 327, 328.
[8]) Schollmeyer, Recht der Schuldverhältnisse S. 17.

begonnen, so ist mit der Erzielung des Einverständnisses ein neues Schuldverhältnis zwischen Käufer und Verkäufer hergestellt, gerichtet auf Wiederherstellung des vor Abschluß des Kaufvertrages gewesenen Zustandes durch Rückleistung Zug um Zug"; und auch Langheineken[1]) vertritt im Gegensatz zu Haymann (wie bereits erwähnt) den Standpunkt, daß „der Wandlungsvertrag nicht nur die Wirkungen des Kaufvertrages paralysieren, sondern einen Vertragsanspruch auf Durchführung der Wandlung". also tatsächliche Rückgewähr begründen solle.

„Gerade wie in den für anwendbar erklärten Vorschriften über das vertragsmäßige Rücktrittsrecht das Recht zurückzutreten (§§ 350—353 BGB.) geschieden wird von dem Rechte nach erfolgtem Rücktritte (§§ 346—348), so scheidet nach Kloß[2]) das Gesetz das Recht auf Wandlung von dem Rechte aus der Wandlung, indem es bald von dem Rechte auf Wandlung (§§ 477. 489, 490 BGB.) bald von der Wandlung schlechthin (§§ 470. 471, 475 BGB.) spreche.

Da nun aber, so argumentiert dieser Schriftsteller weiter, die Vorschrift des § 349, nach welcher der Rücktritt durch einseitige empfangsbedürftige Erklärung des Rücktrittsberechtigten erfolgt, von der Anwendung auf die Wandlung durch § 467 geflissentlich ausgeschlossen ist,[3]) so kann der Zeitpunkt, in welchem die Wandlung erfolgt, nur in dem § 465 festgesetzt worden sein, d. h. die nach § 465 vollzogene Wandlung steht mit dem nach § 349 erfolgten Rücktritt auf einer Stufe. Nur durch einseitige Rücktrittserklärung erwächst das Recht aus dem Rücktritt nur durch den Wandlungsvertrag das Recht aus der Wandlung.[4])

Es ist endlich der Einwurf der Gegner zu berühren:

> „Wäre das Wandlungsbegehren des Käufers ein Vertragsantrag (Offerte), so müßte es mangels rechtzeitiger Annahme gemäß § 147 BGB. wieder erlöschen."

Schon die Protokolle führen aus, die Anwendung der allgemeinen Grundsätze führe zu angemessenen Ergebnissen, eine Auffassung, der sich eine Reihe von Schriftstellern angeschlossen hat.[5]) Neuerdings hat Oertmann mit kurzen Worten diesen Einwurf widerlegt, indem er betont

---

[1]) Langheineken S. 220.
[2]) Kloß S. 288.
[3]) vgl. Oertmann, Das Recht 1904 Nr. 2 S. 30c.
[4]) Haymann S. 529.
[5]) Prot. I S. 710. Anschließend Endemann Anm. 13 Abs. 3 S. 721; Oertmann S. 191; Planck II S. 250; Staudinger II S. 211. Dagegen Kipp S. 659f.; Dernburg S. 59; Crome S. 462; Werner S. 283.

1. aus § 148 BGB. sei sofort ersichtlich, daß § 147 nur dispositive Bedeutung habe;

2. das Wandlungsbegehren sei eine Offerte von ganz besonderer Art:

> „Der Käufer übt damit ein ihm bereits zustehendes Recht aus, und es ist nicht anzunehmen, daß er diese seine Rechtsausübungshandlung nur bis zur widerspruchslosen Pflichterfüllung des Gegners, als welche sich hier die Annahme der Offerte darstellt, gelten lassen wolle. Daß er seine Gewährleistungsansprüche zur Geltung zu bringen gedenkt, hat er durch das Wandlungsbegehren unzweideutig bewiesen, und solange er nicht zum Minderungsbegehren übergeht, darf er im Zweifel als bei jenem feststehend angesehen werden."

3. Die Wandlungsofferte sei, wie sich aus § 465 in Verbindung mit § 462 BGB. mit Sicherheit ergebe, bis zur Annahme widerruflich.[1])

§ 33.

Von Wichtigkeit ist auch die Stellung des § 478 BGB.[2]) zu dieser Frage:

> § 478. „Hat der Käufer den Mangel dem Verkäufer angezeigt oder die Anzeige an ihn abgesendet, bevor der Anspruch auf Wandlung oder auf Minderung verjährt war, so kann er auch nach der Vollendung der Verjährung die Zahlung des Kaufpreises insoweit verweigern, als er auf Grund der Wandlung oder der Minderung dazu berechtigt sein würde. Das gleiche gilt, wenn der Käufer vor der Vollendung der Verjährung gerichtliche Beweisaufnahme zur Sicherung des Beweises beantragt oder in einem zwischen ihm und einem späteren Erwerber der Sache wegen des Mangels anhängigen Rechtsstreite dem Verkäufer den Streit verkündet hat. Hat der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen, so bedarf es der Anzeige oder einer ihr nach Abs. 1 gleichstehenden Anzeige nicht."

Das Gesetz gibt also in diesem § 478 dem Käufer sogar nach der Verjährung des Wandlungsanspruches die Wandlungs-

---

[1]) vgl. Oertmann, Das Recht 1904 Nr. 1 S. 4.

[2]) vgl. hierzu Schroeder S. 72 ff.; Nissen S. 565 ff.; Matthiaß, DJZ. VII S. 208; Flechtheim S. 78 ff.; Haymann S. 544; Langheineken S. 219 und S. 237. Auch Anm. 3.

einrede, d. h. das Recht, die Leistung des Preises soweit zu verweigern, als er auf Grund der Wandlung oder der Minderung dazu berechtigt sein würde. Klagt also der Verkäufer auf Zahlung des Kaufpreises, so erreicht der Käufer mit der Wandlungseinrede die Abweisung der Kaufgeldklage auch dann, wenn er seinerseits die Kaufsache nicht zurückgegeben hat. Daß der Zusatz „auch" nach der Verjährung den logischen Schluß zuläßt, daß dieses Verweigerungsrecht dem Käufer erst recht dann zustehen muß, wenn der Anspruch auf Vertragsschluß noch nicht verjährt ist, wird von Anhängern und Gegnern natürlich gleicherweise zugestanden.

Die rechtliche Konstruktion dieses Paragraphen, wie sie Neumann versucht hat, sei hier beiseite gelassen, da sie von Eccius widerlegt, von Neumann selbst inzwischen aufgegeben worden ist.

Wichtiger ist der Standpunkt, den Flechtheim, Planck, Schroeder und Nissen hauptsächlich Eccius, Kipp und Matthiaß gegenüber einnehmen.

Flechtheim stellt sich auf den Standpunkt, daß § 478 grundsätzlich nur eine Anwendung des durch § 226 in Kraft erhaltenen römischrechtlichen Satzes „dolo facit, qui petit, quod redditurus est"[1]) enthalte. Der mit der Kaufpreislage belangte Käufer könne dem in der Rechtslage eines statim (sc. pretium) redditurus befindlichen Verkäufer eine Schikaneeinrede mit der Begründung entgegensetzen, daß der Verkäufer verpflichtet sei, den Wandlungsvertrag mit dem Käufer zu schließen und daher den Kaufpreis, wenn er dessen Zahlung mit der Klage erzwingen könnte, sofort wieder an den Käufer zurückzuzahlen. Damit wäre in dem Rechtsbehelf des § 478 der Anspruch auf Abschließung eines Wandlungsvertrages nicht verlassen. Die exceptio doli aber müßte dann versagen, wenn jener Anspruch verjährt ist, da die Pflicht des statim reddere alsdann für den Verkäufer entfällt. Aber Flechtheim erblickt in dem Gesetze den Willen, daß die Einrede aus Billigkeitsgründen den Eintritt der Verjährung überdauere. Den Kern dieser Ansicht hat Schroeder anerkannt. Er stimmt zwar Matthiaß bei, der dartut: Die Ansicht, der Wandlungseinrede den Charakter der Schikane-Einrede beizulegen, scheitere, ganz abgesehen davon, daß sie das nicht leiste, was die Billigkeit und Zweckmäßigkeit fordert, am Begriff der Schikane — dieser werde von Flechtheim über den § 226 erweitert — und am § 478, welcher eben ein Verweigerungsrecht gebe, während

[1]) l. 173 § 3 D. de reg. iur. 50, 17.

§ 226 ein vom Richter eo ipso zu beachtendes Verbot aufstellt.[1]) Trotz dieses Zugeständnisses sucht Schroeder Flechtheims Theorie zu halten und mit teilweise neuer Begründung weiterzubauen.

Unter Berufung auf Cromes Worte:

> „Das Bürgerliche Gesetzbuch hat den Dolus getroffen und mit Nachteilen belegt, wo immer es ihn nur bei seinen Bestimmungen erfassen und unschädlich machen konnte“[2])

nimmt auch er den römischrechtlichen „als ratio scripta ewige Geltung neben allem kodifizierten Recht beanspruchenden“ Rechtssatz: dolo facit, qui petit, quod redditurus est für die Gewährleistungseinrede in Anspruch, da es nur aus der Doluseinrede allein möglich sei, eine Erklärung und Rechtfertigung für die Gewährleistungseinrede zu gewinnen und für ihre Folgesätze zu befriedigenden Resultaten zu gelangen.[3])

Flechtheim folgend, führt er aus:

> „Der klagende Verkäufer müsse in unserem Falle unbedingt ein statim redditurus sein; denn in dieser Hinsicht begründet die Auffassung der Gewährleistungseinrede als Anwendungsfall des Schikaneverbots oder als besondere im Gesetz zur Anerkennung gelangte Erscheinungsform der exceptio doli generalis keinen Unterschied. Die hieraus von ihm gewonnene Folgerung ist die, daß der beklagte Käufer, wenn sich der Kläger auf die Wandlungseinrede hin zur Einverständniserklärung Zug um Zug gegen Rückgabe der Kaufsache bereit erklärt, demselben zum mindesten in einer zur Herbeiführung des Annahmeverzugs geeigneten Weise die Rückgewähr der erhaltenen Leistung anzubieten hat, wenn anders er mit der Wandlungseinrede durchdringen will. Nimmt der Verkäufer auf solches Angebot die Sache an, so ist die Wandlung vollzogen, an Stelle der Gewährleistungseinrede greift jetzt der Wandlungseinwand durch. Will jedoch der Käufer sich nicht zur Rückgabe bereit finden, so ist ihm auch die Wandlungseinrede zu versagen; will aber der Verkäufer die Sache nicht zurücknehmen, so wird er auf Grund der Wandlungseinrede abgewiesen.“[4])

---

[1]) Matthiaß, DJZ. VII S. 208.
[2]) Crome I § 36 S. 187.
[3]) Schroeder S. 74; Flechtheim S. 86; Endemann I § 161 Anm. 15 S. 988; Nissen S. 565 contra.
[4]) Schroeder S. 75.

Bei Besprechung der verschiedenen Wirkungen der Gewährleistungseinrede bestreitet Schroeder alsdann mit Planck und Flechtheim gegen Eccius, Windscheid-Kipp und Matthiaß, daß durch das den Kläger abweisende rechtskräftige Urteil ein Vollzug der Wandlung herbeigeführt sei, weil nach § 322 ZPO. die Entscheidung über die Einrede an der Rechtskraft nicht teilnimmt.[1])

Auf welche Weise kann nun der Verkäufer nach Abweisung der Kaufpreisklage seine schon bewirkte Leistung zurückerhalten?[2])

In der zweiten Kommission ist der Antrag, dem Verkäufer einen direkten Anspruch auf Rückgewähr zuzusprechen, abgelehnt worden, weil dem Verkäufer mit einer condictio ob causam finitam hinlänglich geholfen sei.

In dem Bemühen, dem Verkäufer einen weitergreifenden, allgemeinen Rückforderungsanspruch zu begründen, gestattet Flechtheim[3]) dem Verkäufer, den in dem Vorbringen der Gewährleistungseinrede liegenden Wandlungsantrag des Käufers nachträglich anzunehmen, da die Offerte „nach Treu und Glauben bindend, jedenfalls aber annahmefähig" sei. Solche Annahme des Verkäufers soll schon in dem Zurückverlangen der Kaufsache erblickt werden können.

Schroeder findet diese Berufung auf Treu und Glauben nicht durchschlagend, um den Käufer an die einmal erklärte Wahl zu binden. Er könne nicht einsehen, warum der Käufer, der vielleicht auf Grund der Gewährleistungseinrede die Abweisung der ganzen Kaufpreisklage durchgesetzt hat, nicht nachträglich, da die Wandlung noch nicht vollzogen ist, den Entschluß solle fassen und durchsetzen können, gegen Zahlung des nach der gesetzlichen Regel zu ermittelnden Teiles des Preises die Sache für sich zu behalten. Die von der zweiten Kommission angenommene Verweisung des Verkäufers auf die Kondiktion hält Schroeder für das Ergebnis des gesunden Bestrebens, dem Verkäufer ein Interesse an dem Vollzug der Wandlung zu verschaffen.[4])

Auch das Resultat, das Nissen in dieser Frage gewinnt, ist von Interesse:

> „Das jus variandi des Käufers endet gemäß § 465, sobald sich der Verkäufer auf Verlangen des Käufers

---

[1]) Flechtheim S. 83f.; Planck S. 279; Windscheid-Kipp S. 657; Matthiaß DJZ. VII 208.

[2]) vgl. Schroeder S 76f.; Eccius S. 331; Windscheid-Kipp II S. 657; Dernburg II, 2 S. 75.

[3]) Flechtheim S. 92f.

[4]) Flechtheim S. 83f.; Schroeder S. 77.

mit der Wandlung einverstanden erklärt hat. Die gleiche Wirkung hat eine rechtskräftige Verurteilung des Verkäufers zu dieser Einverständniserklärung, folgeweise auch die (voraussichtlich zulässige) sofortige Verurteilung des Verkäufers zur wandlungsweisen Rückgewähr selbst, da in dieser Rückgewähr jene Einverständniserklärung mitausgedrückt läge. Dagegen hat die gleiche Wirkung nicht die in Rede stehende Abweisung der Erfüllungsklage des Verkäufers; denn dieser (rein negative) Richterspruch befindet nur über einen einzelnen Anspruch aus dem Vertrage, nicht über den Vertrag und seine Erfüllung im ganzen.

Die Wandlung ist durch ihn nicht hergestellt, denn dem unterlegenen Verkäufer bleibt kraft der Verjährung der übrigen Wandlungsbefugnisse des Käufers das Recht erhalten, es bei dem bisherigen Zustande zu belassen. Das jus variandi überdauert mithin die rechtskräftige Abweisung jener Klage, nur ist die Art, wie es allein noch ausgeübt werden kann, eine andere geworden. Nun genügt es nicht mehr, daß Käufer dem Verkäufer seinen Willen kundtue, daß der Vertrag fortbestehe, sondern Käufer muß gleichzeitig die dem Verkäufer nachteilige Wirkung des abweisenden Urteils dadurch ausgleichen, daß er ihm den abgesprochenen Kaufpreis anbietet. Eine nicht von diesem Angebot begleitete Erklärung ist wirkungslos. Bis zu diesem Angebot ist das durch die Einrede betätigte Wandlungsverlangen in Kraft und im Sinne des § 465 annahmefähig geblieben.“ [1])

Schließlich dürfen die Vertreter der Vertragstheorie konstatieren, daß selbst die Gegner in der Geltendmachung der Einrede des Wandlungsanspruches seitens des Verkäufers keine Vollziehung der Wandlung sehen; es sei namentlich auf Langheineken und seine Konstruktion dieser Einrede verwiesen. [2])

Soviel über § 478 BGB.

§ 34.

Noch eine Stütze für die Vertragstheorie bildet der § 479 BGB.

§ 479: „Der Anspruch auf Schadensersatz kann nach der Vollendung der Verjährung nur aufgerechnet werden,

---

[1]) Nissen S. 567.
[2]) Langheineken S. 237, 239, 240, 241.

wenn der Käufer vorher eine der im § 478 bezeichneten Handlungen vorgenommen hat. Diese Beschränkung tritt nicht ein, wenn der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen hat."

Nach diesem Paragraphen kann der Anspruch auf Schadensersatz wegen Mangels einer zugesicherten Eigenschaft nach der Vollendung der Verjährung nur bei rechtzeitiger Anzeige aufgerechnet werden. § 479 enthält somit eine Beschränkung des Aufrechnungsrechtes gegenüber dem § 390 Satz 2 BGB.

Flechtheim und ihm folgend Schroeder führen diesbezüglich gegen Eccius, Staub und Matthiaß an:

Wenn bei gezahltem Kaufpreise der Wandlungsanspruch auf Rückzahlung gerichtet wäre, so würde, da § 479 den Wandlungsanspruch nicht trifft, dieser Anspruch gemäß § 390 Satz 2 auch ohne rechtzeitige Anzeige zur Aufrechnung geeignet bleiben. Flechtheim weist darauf hin, daß dieses Resultat in unlöslichem, sachlichem Widerspruche zu § 479 stehen würde; denn die Protokolle betonen ausdrücklich, daß man „im Interesse der Einfachheit des Gesetzes" davon abgesehen habe, den Schadensersatzanspruch gegenüber den anderen Gewährleistungsansprüchen hinsichtlich der Perpetuierung der Einrede zu privilegieren, und nun hätte man das direkt umgekehrte Verhältnis. Eine Aufrechnung mit dem Wandlungsanspruch wäre somit gegen nicht konnexe Forderungen auch nach der Verjährung unbedingt zugelassen, während die Wandlungseinrede nach der Verjährung gegen die konnexe Kaufpreisklage nicht mehr ohne weiteres geltend gemacht werden könnte.

Ist aber, wie die Vertragskonstruktion will, der Wandlungsanspruch auf Abschluß eines Wandlungsvertrages gerichtet, also nicht aufrechenbar, so ist die Schlußfolgerung verständlich und logisch, daß dieser Anspruch deshalb auch nicht im § 479 berücksichtigt werden konnte, daß vielmehr gerade § 479 die erstrebte Gleichbehandlung aller Gewährleistungsansprüche und die Harmonie mit § 478 herstelle.[1])

§ 35,

Auch den § 480 Abs. 1 schließlich wollen die Vertreter der Vertragstheorie keineswegs als Stützpunkt der Gegentheorie gelten lassen, und das um so weniger, wenn man, wie Schroeder

[1]) Flechtheim, DJZ. VII S. 319; Thiele S. 428ff.; Schroeder S. 35f.

einzuräumen geneigt ist, dem § 465 die „Eigenschaft als Begriffsbestimmungsparagraph" genommen habe: Die Einwilligungserklärung des Verkäufers habe im Falle des § 480 nur die ihr auch von den Gegnern zuerkannte Bedeutung des Verlustes des Wahlrechtes zwischen den dem Käufer zustehenden Ansprüchen.[1])

Der § 480 Abs. 1 bestimmt nämlich:

> „Der Käufer einer nur der Gattung nach bestimmten Sache kann statt der Wandlung oder der Minderung verlangen, daß ihm an Stelle der mangelhaften Sache eine mangelfreie geliefert wird. Auf diesen Anspruch finden die für die Wandlung geltenden Vorschriften der §§ 464—466, der § 467 Satz 1 und die §§ 469, 470, 474—479 entsprechende Anwendung.

Die von den Gegnern hieraus gezogene (oben zitierte) die Vertragstheorie stark diskreditierende Konsequenz lehnt Oertmann ab, ohne daß er wie Schroeder den § 465 als Begriffsbestimmungsparagraphen fallen läßt.

> „Jedenfalls finden auf den Anspruch aus § 480 die Regeln des § 465 nicht wörtliche, sondern nur entsprechende Anwenduug. Daß diese nicht dahin führen darf, die gerade vorher im Satz 1 des § 480 ausgesprochene Bedeutung des Anspruches, als direkt auf Nachlieferung gerichtet, zu verleugnen, ist doch wohl selbstverständlich, zumal die Heranziehung des § 465 auch ohnehin guten Sinn hat: er gibt den Zeitpunkt der Konzentration an. Wie der Käufer einer Speziessache sein Wahlrecht dadurch verliert, daß der Verkäufer auf das Wandlungs- oder Minderungsbegehren eingeht, so tritt auch beim Gattungskauf ein entsprechendes Ergebnis dadurch ein, daß der Verkäufer diejenige seiner drei alternativen Verpflichtungen, auf die der Käufer sein Begehren gerichtet hat, erfüllt — also je nachdem durch Einwilligung in das Wandlungsbegehren, in das Minderungsbegehren, Vornahme der Nachlieferung, (nicht die nach Satz 1 unnötige Einwilligung in die letztere."[2])

§ 36.

Auch hier ist zu betonen, daß außer den genannten sich eine zahlreiche Reihe von Schriftstellern, namentlich in Disser-

---

[1]) Schroeder S. 34.
[2]) Oertmann, Das Recht 1904 Nr. 1 S. 6.

tationen, für die Vertragstheorie ausgesprochen hat, ohne in ihrer Begründung oder in ihren Resultaten wesentlich anderes anzuführen, als was in obiger Zusammenstellung enthalten ist.

Balcke. Balcke erscheint die Berufung auf Haidlen,[1]) Planck und Endemann hinreichend, um sich ohne weitere Begründung für die Vertragskonstruktion zu erklären.[2])

Dernburg. Von Dernburg, der schon öfters zitiert wurde dürfte noch die Bemerkung interessieren:

> „Es wird nichts übrig bleiben, als die gesetzliche Konstruktion eines Wandlungsvertrages anzuerkennen, aber alle Folgerungen daraus abzulehnen, welche ungesund und unpraktisch sind."[3])

Ein Weg, der allerdings sehr einfach wäre, der aber der Konsequenzen halber kaum betreten werden darf, zumal die „ungesunden und unpraktischen" Folgerungen gar nicht notwendig sind.

Haßlacher. Haßlacher stellt unter Berufung auf Reatz[4]) den Satz auf:

> „es sei jeder der beiden Parteien die Möglichkeit gegeben, die Realisierung der Aufhebung des Kaufes zu betreiben, soweit dieselbe in ihrem Interesse liegt,"

und schließt sich ohne Begründung der herrschenden Meinung an.[5])

Kaufmann. Kaufmann folgt der Autorität Oertmanns, nach dessen Ansicht die Wandlung und Minderung sich vollziehen in der Form eines Vertrages, der den alten Vertrag entweder ablöst oder entsprechend modifiziert.[6])

Leistner. Es liege, was besonders die Konstruktion des Wandlungsanspruches hinsichtlich seiner Klagbarkeit anlangt, tatsächlich ein erzwingbarer Anspruch auf den Vertragsschluß vor. Nach Leistner befindet sich der § 465 in doppelter Inkonsequenz, nämlich zu § 348 und zu § 145.[7])

Naefe. Naefe ist zwar für die Vertragstheorie (gegen eine Klagenverbindung), meint aber, das Bürgerliche Gesetzbuch habe die Sache nicht konsequent durchgeführt.[8])

---

[1]) Haidlen, BGB. mit den Motiven und sonstigen gesetzgeberischen Vorarbeiten § 465 Anm.
[2]) Balcke S. 53—55.
[3]) Dernburg S. 59.
[4]) Reatz, Die 2. Lesung des Entw. eines BGB. Bd. 1 S. 213 Anm.
[5]) Motive zu § 384 a. E.; Haßlacher S. 50.
[6]) Kaufmann S. 37.
[7]) Leistner S. 36, 40.
[8]) Naefe S. 11.

Rossi. Auch Rossi schließt sich der herrschenden Meinung an, wiewohl er konstatieren zu müssen glaubt:

> „Wir kommen zu dem eigentümlichen Resultat, daß bei der durch Vertrag bedungenen Haftung des Verkäufers für Fehlerlosigkeit der Kaufsache § 349, dagegen bei der durch Gesetz verfügten gleichartigen Gewährleistung der ganz konträre § 465 Anwendung findet.“[1])

Schernowsky. Schernowsky genügt die Berufung auf Scherer, um sich für die Vertragstheorie zu erklären.[2])

Stahl. Stahl, auch ein Vertreter der herrschenden Theorie, weist besonders darauf hin, daß „der Anspruch auf Vertragsschluß bereits dem früheren Recht bekannt“ sei.[3])

Stratmann. Stratmann endlich stellt den Satz:

> Der Vorgang (Vollzug der Wandlung) — duorum in idem placitum et consensus (l. 1 § 1 D. de pact. 2, 14) — stellt sich . . . als ein Vertrag dar, in welchem die Parteien darüber einig werden, daß der Kaufvertrag aufgehoben wird,

als natürliches Ergebnis der Interpretation und Auffassung der Protokolle hin, ohne tiefer auf die Kontroverse einzugehen.[4])

Epping ist ebenfalls Anhänger, ohne seinen Standpunkt zu begründen.[5])

§ 37.

Auch hier seien der Übersichtlichkeit halber die fundamentalen Ergebnisse, welche die Beweisführung der Vertreter der Vertragstheorie zutage gefördert hat, in strenger Kürze zusammengestellt.

A. Allgemeines.

I. Folgerungen aus der Entstehungsgeschichte des Gesetzes:

1. Die Materialien des Gesetzes, namentlich die letzten, also vollkommensten Vorarbeiten, die Protokolle, enthalten unzweifelhaft, wie selbst die Gegner zugeben, die Vertragskonstruktion.

2. Der erste Entwurf kann außer acht gelassen werden; denn die Einfügung des § 465 ist eine bewußte, vollständige Neuschöpfung.

II. Folgerungen aus dem Gesetze selbst:

---

[1]) Rossi S. 17.
[2]) Schernowsky S. 27 nach Scherer, BGB. Anm. zu § 465.
[3]) Stahl S. 25.
[4]) Stratmann S. 8, 9.
[5]) Epping S. 18, 19.

Die Vertragskonstruktion ist in das Gesetz übergegangen, denn

a) das Gesetz enthält keine Bestimmungen, welche der Vertragskonstruktion widersprechen,

b) Das Gesetz enthält Bestimmungen, die sich nur aus der Vertragskonstruktion verstehen und erklären lassen.

B. Spezielles.

I. Der § 462 enthält in Verbindung mit § 465 die Definition des Wandlungsanspruches.

a) „Rückgängigmachung" bedeutet Aufhebung des Kaufvertrages.

b) „Aufhebung" wird vom Gesetze nicht gesagt, weil dieser Ausdruck event. mißverständlich wäre; denn nach dem Sprachgebrauche des Gesetzes tritt Aufhebung als Folge einseitiger Willenserklärung ein (vgl. § 2255, 2258 BGB.).

c) den Ausdruck „Rückgewähr" kennt das Gesetz und hat ihn absichtlich vermieden (vgl. §§ 591, 594, 604, 1055 BGB.).

II. Der § 465 gibt den Weg des Vollzuges der Wandlung an.

a) „Verlangen" ist ein Vertragsantrag (Offerte) (§§ 145—151).

b) „Verlangen" bezieht sich auf das Einverständnis. Ansicht Schroeders: Selbst zugegeben, § 465 enthalte nur die Bestimmung, wann das jus variandi des Käufers erlischt, so ist

a) die Vertragskonstruktion aus § 462 allein schon ersichtlich.

b) aus der Zitierung des § 465 im § 480 Abs. 1 erst recht kein Bedenken gegen die Vertragstheorie zu entnehmen.

III. Der § 466 ist nicht gegen die Vertragstheorie zu verwenden; denn selbst die Gegner geben zu, daß es im wesentlichen belanglos ist, von welcher Seite die Offerte ausgeht.

IV. Auch § 478 steht im Einklange mit der Vertragskonstruktion; denn es fehlt an einer positiven gesetzlichen Vorschrift, welche die Folgerung rechtfertigen würde: Die Abweisung der Klage des Verkäufers oder gar schon das Vorbringen der Einrede müsse eine Vollziehung der Wandlung in sich schließen, mit andern Worten, das Gesetz kenne hier die Durchführung der Wandlung ohne Vertrag.

Übrigens wird auch das selbst von Gegnern eingeräumt.

V. Der § 479 ist nur aus der Vertragstheorie zu erklären, nach welcher der Wandlungsanspruch auf Abgabe einer Erklärung zielt, also nicht kompensabel erscheint.

VI. Auch aus § 480 Abs. 1 können keine Bedenken gegen die Vertragstheorie entstehen; denn die Einwilligungserklärung des Verkäufers hat hier nur die Bedeutung des Verlustes des jus variandi zwischen den dem Käufer zustehenden Ansprüchen.

Nach dieser Konstruktion steht also dem Käufer ein Anspruch zu, der also zu definieren ist:

> Der Wandlungsanspruch ist der Anspruch (§ 194 BGB.) des Käufers gerichtet auf Einverständniserklärung des Verkäufers in einen Vertrag, der auf Aufhebung des Kaufvertrages gerichtet ist.

Vergleichende Kritik der beiden Theorien.

§ 38.

In der bisherigen Darstellung wurden lediglich, aber m. E. in erschöpfender Weise die Beweisführung der Anhänger der Vertragstheorie und der Gedankengang der Vertreter der Restitutionskonstruktion einander gegenübergestellt, die Punkte nach einheitlichen Gesichtspunkten geordnet und die beiden Theorien in ihrer Entstehungsgeschichte, ihren einzelnen Strittigkeiten und in ihren Konsequenzen vorgeführt und die mancherlei Variationen in der Argumentation der einzelnen Schriftsteller nicht unbeachtet gelassen.

Meinung und Gegenmeinung sind also zum Wort gekommen!

Nun ist es notwendig, in vergleichender Kritik der beiden Theorien das womöglich unumstößliche Fazit aus dieser Gegenüberstellung zu ziehen.

Gelingt der Beweis, daß wesentliche Bedenken weder im Prinzipe noch in der Materie der Annahme und Durchführung der Vertragskonstruktion entgegenstehen, so ist auch durchaus nicht einzusehen, warum diese Theorie als gewollter und erkannter Wille des Gesetzes aus diesem wieder entfernt werden sollte. Um so stärker wird die Position der Vertragstheorie sein, wenn auch noch die Unmöglichkeit der Gegenmeinung nachgewiesen werden kann.

In objektiv logischer Schlußfolgerung führt uns diese Kritik zu folgendem Ergebnis:

I. Es untersteht absolut keinem Zweifel, daß weder den römischrechtlichen Rechtsmitteln, noch den einschlägigen Vorschriften des gemeinen Rechtes, noch denen des ersten Entwurfes die Vertragstheorie zugrunde lag.

Das geht klar aus den Darlegungen der Gegner hervor und wird wohl auch kaum bestritten.

II. Ebenso unwiderlegbar ist die Tatsache, daß die Vertragstheorie der Auffassung der Mehrheit der zweiten Kommisson entsprach, daß diese Auffassung in den Protokollen deutlichen Ausdruck findet, daß mithin diese Konstruktion Inhalt der letzten Vorarbeiten zum Bürgerlichen Gesetzbuch ist.

Das ist a) bewiesen durch die Anhänger

b) zugegeben durch die Gegner.

Da aber die letzten Vorarbeiten die vollkommensten zu sein pflegen, kann sicher niemand die Vermutung (das Wort Beweis sei absichtlich vermieden) von der Hand weisen: die Theorie sei auch tatsächlich Inhalt des fertigen Gesetzes geworden.

§ 39.

Zuvörderst seien einige prinzipielle Erörterungen angeführt:

I. Von beiden Parteien muß doch wohl als einzig richtig anerkannt werden, daß es durchaus nicht angeht, eine Konstruktion, die als Inhalt des Gesetzes unzweifelhaft erwiesen ist und einmal feststeht, aus dem Gesetze wieder zu entfernen.

Also ist es

1. im letzten Grunde nebensächlich, was für Erwägungen ein Gesetz seine Entstehung verdankt; auch wenn es nur „eine formale Frage der legislativen Technik" ist, die hier bestimmend war, so muß, sobald der richtige Sinn des Gesetzes erkannt ist, dieser und nur dieser konsequent respektiert werden;
2. ist es keineswegs gestattet, die Vertragstheorie lediglich deshalb abzulehnen, weil sie eine überflüssige „Künstelei" sei.

Diese Auffassung mag ja begründet sein; denn

a) weder Käufer noch Verkäufer denken wohl daran, daß sie, sobald sich Mängel herausstellen, einen Vertrag miteinander über Wandlung und Minderung zu schließen haben, sondern ihr Interesse ist selbstverständlich nur auf Wandlung Rückgängigmachung und Minderung direkt, nicht aber auf das formale Mittelglied des Vertragsschlusses gerichtet.

b) Auch der Jurist wird die Konstruktion künstlich finden, da ein solches Mittelglied — ein Anspruch auf Vertragsschluß — sich bei jedem Anspruch auf Leistung einschieben ließe.

c) Wäre die Möglichkeit, Ansprüche auf Durchführung der Wandlung und Minderung direkt aus dem Rechte auf Wandlung usw. abzuleiten, wohl vorhanden gewesen, so daß es überflüssig erscheint, hier einen Vertrag einzusetzen.

Aber demgegenüber ist von keiner Seite bestritten:

a) daß der Gesetzgeber eine solche Bestimmung treffen kann,

b) daß der Gedanke eines gesetzlich bestimmten Vertrages an sich nichts Widersinniges hat,

c) daß derlei Bestimmungen auch im bisherigen Rechtsleben Analogien haben.[1])

3. Ebensowenig ist der Grund maßgebend und bestimmend, die fragliche Theorie zu beseitigen: daß die Kommission, wie sich aus den Protokollen[2]) erweise, sich über die letzten Konsequenzen ihrer Konstruktion nicht völlig im klaren war.

II. Ja, sollte selbst der Beweis seitens der Gegner gelungen sein, die Durchführung dieser Auffassung habe zu Disharmonien mit anderen Vorschriften des Gesetzes geführt, so genügt das keineswegs, die Vertragskonstruktion zu stürzen; denn es liegt im Machtbereich des Gesetzgebers, allgemeine Vorschriften für bestimmte Rechtsverhältnisse zu modifizieren und event. ganz aufzuheben. Also kann das Gesetz hier mit Vorbedacht die Regeln des Vertragsschlusses durch eine Ausnahme durchbrochen haben, wie sie auch durch den Parteiwillen durchbrochen werden können.

III. Auch wenn sich aus der Interpretation des Gesetzes im Sinne der herrschenden Meinung unerwünschte praktische Folgen ergeben sollten, so können diese für sich noch kein Grund sein, die Theorie zu beseitigen. Darum ist weder der Ansicht der Gegner beizupflichten, die aus der Mißlichkeit der praktischen Konsequenzen ein allein schon zwingendes Argument gegen die Theorie entnehmen zu müssen glaubt, noch ist Dernburgs Standpunkt zu verteidigen, der (wie erwähnt) die ungesunden und unpraktischen Folgerungen einfach überhaupt ablehnen will.

IV. Ferner darf betont werden, daß der Beweis der Undurchführbarkeit der Theorie bis jetzt keineswegs erbracht ist, weder hinsichtlich des Wandlungsanspruches noch auch, was den Minderungsanspruch anlangt; denn den diesbezüglichen Versuchen von Eccius und Endemann ist Kipp mit überzeugender Beweisführung entgegengetreten, so daß auch Haymann zugesteht: „Es ist keine ‚Karikatur des Vertragsbegriffes', wenn der Richter den beklagten Verkäufer zur Herabsetzung des Kaufpreises um einen geringeren Betrag verurteilt, als der Klagantrag zunächst

---

[1]) Haymann S. 541 verweist zwar darauf, daß in allen als Analogien hierzu angezogenen Fällen das Ziel, welches die Rechtsordnung durch das Gebot des Vertrages erreichen will, ohne Vertragsschluß nicht zu verwirklichen sei.

[2]) Protokolle S. 710.

genannt hat, vorausgesetzt freilich, daß der Kläger event. eine Kürzung um den nach § 472 BGB. zu ermittelnden Betrag begehrt (zulässig nach RG. XXI S. 387) und damit einen dahingehenden eventuellen Vertragsantrag gestellt hat.“[1])

V. Es bliebe also die einzige Möglichkeit, die Vertragstheorie abzulehnen, dann nämlich, wenn „die unerwünschten Folgen eines künstlichen Aufbaues das Gesetz in dieser Materie selbst zu einem völligen Widerspruch mit sich führen würden“.

Aber auch dieser Nachweis scheint mir trotz der ausführlichen und scharfsinnigen Arbeiten besonders von Eccius, Lobe, Matthiaß, Haymann und Langheineken bis jetzt nicht erbracht, was aus dem bisher Angeführten bereits hervorgeht und sich aus der folgenden, speziellen Kritik der einzelnen Punkte noch deutlicher zeigen wird.

§ 40.

Eine spezielle Untersuchung der einzelnen Streitpunkte führt zu folgendem Ergebnis:

Der Streit, der über die Interpretation des Gesetzestextes entstanden ist, beweist, daß das Gesetz sich nicht mit der wünschenswerten Klarheit ausgedrückt hat. Es gilt nun mit objektiver Unbefangenheit festzustellen, welche Auslegung die richtige ist, oder allerwenigstens den Beweis zu liefern, daß die hier verteidigte die größtmögliche Wahrscheinlichkeit für sich hat.

1. § 462 BGB.

Von den Gegnern der Vertragstheorie ist keineswegs bewiesen, daß der Ausdruck „Rückgängigmachung“ im Sinne von „Rückgewähr“ gedeutet werden muß.

Von den Gegnern der Vertragstheorie ist sogar zugestanden, daß „Rückgängigmachung“ im Sinne von „Aufhebung des Kaufvertrages“ gedeutet werden kann.

Von den Vertretern der Vertragstheorie ist nachgewiesen, daß das Gesetz den Ausdruck „Rückgewähr“ kennt und ihn trotzdem hier nicht angewendet hat.

Von den Vertretern der Vertragstheorie ist nachgewiesen, daß das Gesetz den Ausdruck „Aufhebung“ als Folge einseitiger Willenserklärung kennt und ihn deshalb hier mit Recht vermied.

Von den Vertretern der Vertragstheorie ist endlich nachgewiesen, daß die Zusammenstellung der Ausdrücke „Rückgängig-

---

[1]) vgl. Eccius S. 333/34; Endemann § 161 Anm. 13; Windscheid-Kipp S. 658/59; Haymann S. 543.

machung" und „Herabsetzung" im nämlichen Paragraphen ein gewichtiger Beweis für die Vertragstheorie ist.

Also ist nach § 462 allein schon die Vertragskonstruktion Inhalt des Gesetzes.

2. § 465 (in Verbindung mit § 480 Abs. 1).

Auch hinsichtlich dieses Paragraphen ist von den Gegnern nicht geleugnet worden, daß sein Wortlaut bei jedem Unbefangenen stark für die Vertragstheorie spreche. Mögen sie auch alle Hebel in Bewegung setzen, um diesem Paragraphen die Eigenschaft als Begriffsbestimmungsparagraph zu nehmen oder abzustreiten so werden sie doch nie behaupten können, daß die Wandlung durch einseitige Erklärung zustande komme. Auch die Deutung des „ist vollzogen" als „ist endgültig geworden" scheint mir gekünstelt.

Aber trotz alledem: Selbst zugestanden, dieser Paragraph enthalte lediglich die Bestimmung des Zeitpunktes, wann das jus variandi des Käufers endige, so verliert die Vertragskonstruktion durchaus nichts von ihrer Position.

Wie jedenfalls so bezeichnet aber dann ganz besonders die Zitierung des § 465 im § 480 Abs. 1 erst recht nichts anderes als lediglich die Fixierung des Zeitpunktes, wann der Käufer des Wahlrechtes zwischen seinen alternativen Ansprüchen verlustig geht. Somit kann die letztere Auffassung des § 465 nicht gegen sondern erst recht für die Theorie der zweiten Kommission benutzt werden.

3. § 466.

Die Vorschrift dieses Paragraphen kann nicht gegen die Vertragstheorie ins Feld geführt werden. Hauptsache ist doch, daß der wesentliche Inhalt der Wandlung der Wandlungsvertrag ist, während es von untergeordneter Bedeutung ist, von welcher Seite der Vertragsantrag erfolgt; ein Ergebnis, das von den Anhängern überzeugend dargetan und von den Gegnern übrigens nicht mehr bestritten wird.

4. § 478.

Die Gegner sind ihrer Behauptung, dieser Paragraph kenne eine Vollziehung der Wandlung ohne Vertrag, den Beweis schuldig geblieben, ja namhafte Vertreter jener Partei haben direkt das Gegenteil behauptet, was auch von den Anhängern der herrschenden Meinung überzeugend bewiesen wurde.

5. § 479.

Schließlich ist es m. E. den Vertretern der Vertragstheorie gelungen (wie früher dargetan), stichhaltige Gründe dafür anzu-

führen, daß gerade die Fassung des § 479 die erstrebte Gleichbehandlung aller Gewährleistungsansprüche und die Harmonie mit § 478 herstellt.

§ 41.

Die vergleichende Kritik der beiden Gegentheorien, der Vertragskonstruktion und der Restitutionskonstruktion, drängt sonach, wie aus den bisherigen Darlegungen mit Evidenz hervorgeht, zur Annahme der ersteren.

Zudem führt eine konsequente Durchbildung der Gegentheorie notwendig zu dem Ziele, daß der Käufer durch einseitige Erklärung sein Wandlungsrecht geltend machen kann. Mit andern Worten, er hätte ein prozessual geltend zu machendes[1]) Rücktrittsrecht, und das ist mit der positiven Ordnung des Gesetzes in Widerspruch.[2])

Auch die Konstruktion Langheinekens, der das Wandlungsrecht wie die römische actio redhibitoria im Sinne einer in integrum restitutio aufgefaßt wissen will, ist durchaus nicht frei von Inkonsequenzen und Widersprüchen, auf deren hauptsächlichste namentlich Oertmann in überzeugenden Ausführungen aufmerksam gemacht hat.

1. Nach dieser Theorie ist der Anspruch auf Wandlung ein Anspruch auf Rückgewähr, also dieser letztere nach § 477 der kurzen Verjährung von sechs Monaten bezw. einem Jahre unterstellt.[3]) Diesen Anspruch hat aber nur der Käufer. Der Verkäufer dagegen erlangt lediglich einen Anspruch auf Rückgewähr im Sinne der in § 467 für entsprechend anwendbar erklärten §§ 346, 348. Dieser Anspruch ist aber nicht der kurzen Verjährung nach § 477 ausgesetzt. Also eine unbegreifliche Bevorzugung des Verkäufers, wo das Gesetz das Umgekehrte bezweckt.

2. Die „entsprechende" Anwendung des § 348 auf unsern Fall bestimmt, daß die sich aus der Wandlung ergebenden Verpflichtungen der Parteien Zug um Zug zu erfüllen seien, unter entsprechender Verwertbarkeit der Einrede des nicht erfüllten Vertrages. Wenn man aber den Anspruch auf Wandlung als Anspruch auf direkte Rückgewähr, auf „Wiederherstellung des Zustandes vor dem Kauf" definiert, kann man diese Verpflichtungen nicht anerkennen. Man kommt also nicht über den Widerspruch hinweg:

---

[1]) Im Gegensatz zur gewöhnlichen Rücktrittserklärung.
[2]) Crome II S. 460; Endemann I S. 995; Schroeder S. 36.
[3]) vgl. Matthiaß S. 206.

„Entweder entsteht die Wandlung erst mit der tatsächlichen Rückgewähr, dann erzeugt sie ihrerseits auf diese keinen Anspruch, oder sie bewirkt einen solchen, dann kann sie mit der Rückgewähr, auf welche sie abzielt, nicht identisch sein."

3. Langheinekens feine Unterscheidung zwischen „Vollziehung" und „Durchführung" der Wandlung bedeutet in der Tat, wie Oertmann schlagend nachweist, ein Einschwenken zur Vertragstheorie; denn gerade diese legt dem Einverständnis der Parteien die Wirkung bei, das bisherige Vertragsverhältnis aufzulösen und damit eine beiderseitige Pflicht zur Rückgewähr zu begründen, und sie stattet daneben bei fehlendem Einverständnis das Urteil[1]) mit einer entsprechenden Bedeutung aus.

Daß aber. das Leistungsurteil, gerichtet auf tatsächliche Durchführung der Wandlung, das Langheineken genügen läßt, juristisch unmöglich ist, geht schon daraus hervor, daß hiermit Langheineken ein Urteil auf eine Leistung — die Rückgewähr — unterstellt, zu der die Verpflichtung andererseits erst durch eben dieses Urteil geschaffen werden soll![2])

4. Schließlich noch ein nicht zu übersehender Angriffspunkt! Wenn der Wandlungsanspruch direkt auf Rückgewähr gerichtet ist, so sind alle die Fälle, in denen der Käufer den Preis noch nicht bezahlt hat, ihn also auch nicht zurückverlangen kann, nicht berücksichtigt. Und doch hat nach § 478 der Käufer auch nach der Verjährung des Wandlungsanspruches (eine rechtzeitig abgesandte Mängelanzeige vorausgesetzt) die Wandlungseinrede. Dieser Paragraph unterstellt also den Fall, daß der Wandlungsanspruch vor Zahlung des Kaufpreises bereits verjährt ist.

Langheinekens Konstruktion eines Anspruches auf Befreiung von der Zahlungspflicht erscheint zur Stütze der Gegentheorie gekünstelt, gleicht übrigens dem Kerne nach unserem Anspruch auf Einverständniserklärung des Verkäufers in die Wandlung „wie ein Ei dem andern".[3])

Die Wandlung muß also, dem vermögen sich auch die Gegner nicht zu verschließen, gehen „auf den Rechtsakt einer Beseitigung des bisher bestehenden Vertragsverhältnisses zwischen den Parteien". Diese Annahme führt aber für alle Fälle zur Einschiebung eines,

---

[1]) vgl. folgendes Kapitel.

[2]) vgl. hierzu Oertmanns Ausführungen über das konstitutive Urteil sowie seinen Hinweis auf Kischs Erörterungen in „Beiträge zur Urteilslehre 1903".

[3]) vgl. zu den vier letzten Punkten Oertmann, Das Recht 1903 Nr. 2 S. 30, 31, 32.

die etwaige Rückgewährpflicht auslösenden Aufhebungsaktes, d. h. da die einseitige Rücktrittserklärung dem Gesetze fremd ist, zur Annahme der Vertragstheorie.

Die prozessuale Geltendmachung des Wandlungsanspruches.

§ 42.

Es steht unbestritten fest, daß der Käufer die Möglichkeit hat, die Befriedigung seiner Ansprüche im Rechtswege zu erzwingen, wenn der Verkäufer sich weigert, sein Einverständnis mit dem Verlangen des Käufers zu erklären.

Aber die prozessuale Durchführung der Gewährleistungsklage ist Gegenstand einer hitzigen Debatte geworden.

Es sind hier zwei Fälle zu scheiden. Im ersten dürften sich keine Komplikationen ergeben. Solange nämlich der Käufer noch nicht geleistet, also besonders den Kaufpreis noch nicht gezahlt hat, kann er gegen den Verkäufer Klage erheben, gerichtet auf Abgabe der Einverständniserklärung. Gemäß § 894 ZPO. ersetzt das rechtskräftige Urteil die Annahme des Gewährleistungsverlangens. Die Aufhebung des Vertrages erfolgt durch Richterspruch. Selbstverständlich geben hier die Gegner, soweit sie den Fall berücksichtigen, dem Käufer lediglich die negative Feststellungsklage bezüglich der Freiheit von der Kaufgeldschuld, Mensing allerdings im Widerspruch zu ihnen eine Klage auf Abgabe einer Erlaßerklärung.

Nun aber der zweite Fall! Welches ist der Inhalt der Klage, wenn der Käufer seinen Verpflichtungen aus dem Kaufvertrage schon nachgekommen ist und der Verkäufer die Rückzahlung des schon geleisteten Kaufgeldes verweigert?

Als eine praktische oder besser unpraktische Konsequenz der Vertragstheorie wird nun von den Gegnern einhellig die Ansicht vertreten:

Vor Abschluß des Wandlungsvertrages könne der Käufer keine Klage auf Rückzahlung des Kaufpreises erheben, sondern müsse, wenn der Verkäufer sich weigere, sein Einverständnis in die Wandlung zu erklären, erst im besonderen rechtskräftig erledigten Prozesse die Verurteilung des Verkäufers zur Abgabe

dieser Einverständniserklärung in die Aufhebung des Kaufes erstreiten, also:

„Die Anstrengung zweier besonderer Prozesse hintereinander ist die unleidige aber unabweisbare Konsequenz der Vertragstheorie.“ [1])

Zu diesem Resultate, das sie selbst als etwas Seltsames, ja Unerhörtes charakterisieren, kommen die Bekämpfer der Vertragskonstruktion auf etwa folgendem Wege:

Grundlage des Anspruches auf Rückzahlung des ganzen Kaufpreises — bezw. eines Teiles desselben — sei stets erst der Vertragsschluß, es sei mithin aus Gründen der Rechtslogik ausgeschlossen, in einer Klage Aufhebung des Vertrages zu begehren und gleichzeitig die von der Aufhebung abhängigen Ansprüche geltend zu machen.

Schon die Pandekten sagen:

> „Iudicium non potest esse in pendenti vel de his rebus, quae postea in obligationem adventurae sunt, — neminem puto dubitaturum — judicium antequam aliquid debeatur (accipi) non posse.“ [2])

Der Vertrag solle in vorliegendem Fall erst durch die Verurteilung zum Vertragsschluß zustande kommen, also solle das Vertragsverhältnis, das als Klaggrund geltend gemacht werden könnte, erst entstehen. Mithin sei das im Rechtsstreit geltend zu machende, die Verurteilung begründende Rechtsverhältnis nicht schon vor der Feststellung durch den Richter vorhanden. Demnach sei hier eine Verbindung der richterlichen Feststellung eines Rechtsverhältnisses (Vertragsaufhebung) mit dem richterlichen Ausspruch über einen Anspruch (auf Rückgewähr) — pronuntiatio und condemnatio — nicht zulässig, es müßte denn sein, daß man in der Mangelhaftigkeit der Kaufsache, die in der Klage geltend gemacht wird, den Klaggrund sehe

1. sowohl für den Vertragsschluß,
2. als auch für die Verurteilung zur Rückgewähr,

was aber einer Preisgabe der Vertragstheorie gleichkäme.

Die Vertreter der Vertragstheorie sind jedoch mit diesem Resultate keineswegs einverstanden.

Selbstverständlich ziehen sie die naturgemäße Konsequenz ihrer Theorie, daß ein abweisendes Urteil ergehen müßte, falls der Käufer gegen den die Wandlung weigernden Käufer Klage erheben

---

[1]) Haymann S. 526.
[2]) l. 35 D. 5,1.

würde lediglich und ausschließlich auf Rückzahlung des Kaufgeldes gegen Rückgabe der Kaufsache.

Aber im übrigen vertreten sie einmütig die Möglichkeit einer Klagenverbindung. Der Käufer kann mit der notwendig gebotenen Klage auf Einverständniserklärung des Verkäufers in das Wandlungsverlangen die Klage auf Rückzahlung des Kaufgeldes verbinden mit dem Erfolge, daß in dem einen Prozesse zugleich über die beiden Ansprüche entschieden würde.

Schon in den Protokollen findet sich die Erklärung der Mehrheit der zweiten Kommission, „es verstehe sich von selbst, daß der Käufer den Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises zugleich mit dem zugrunde liegenden Anspruch auf Aufhebung des Kaufes geltend machen könne".

Diese Selbstverständlichkeit wird durchaus nicht allerseits anerkannt,[1]) so daß eine Begründung der Möglichkeit einer Klagenkumulation geboten ist. Eine solche Begründung ist nun neuerdings besonders von Kipp, Kohler, Kloß, Kuhlenbeck, Hellwig, Flechtheim, Schroeder und Oertmann auf teilweise verschiedenen Wegen versucht worden. Natürlich kann es nicht der Zweck dieser Arbeit sein, die Ausführungen dieser Schriftsteller hier breit zu behandeln. Es sei vielmehr jeweils nur das Charakteristische der einzelnen Argumentation hervorgehoben und im übrigen neben den Autoren selbst auf die kritischen Referate namentlich bei Haymann, Langheineken und Schroeder verwiesen.[2])

§ 43.

Kipp. Kipp entwickelt aus drei Einzelbestimmungen des römischen Rechtes das Prinzip: „Man könne stets mit der Klage

---

[1]) Eccius S. 318 („Der Ausdruck selbstverständlich bezeichnet ja oft nur ein wünschenswertes Ergebnis, dessen Begründung nicht oder nicht leicht zugeben ist"); Haymann S. 513; Langheineken S. 216/17; Lobe S. 111 ff.; Staub Anm. 45 S. 1359; Matthiaß S. 500, 206, 1 — Im Sinne des Textes: Protokolle S. 680; Oertmann S. 186; Planck II S. 249, 253; Langheineken nennt Oertmanns Erwägung: „Die Wirkung des Wandlungsvollzuges ergebe sich aus dem Gesetz, und dessen Bedeutung für den Einzelfall stelle der Richter im Urteile fest" (S. 190) unannehmbar.

[2]) Kipp (Windscheid-Kipp) a. a. O. S. 657 und Die Verurteilung zur Abgabe von Willenserklärungen S. 61, 62; Kohler S. 88; Kloß S. 290; Kuhlenbeck S. 260; Hellwig S. 382, 383 Note 5; Flechtheim S. 72 ff.; Schroeder S. 40 ff.; Simeon S. 572; Oertmann, Das Recht 1904 Nr. 1 u. 2; — Haymann S. 509 ff.; Langheineken S. 216 f.; Schroeder S. 41 ff.

auf Abgabe einer Willenserklärung zugleich die aus dieser Abgabe resultierenden Ansprüche geltend machen."

Haymann hält Kipp entgegen:

1. seien seine drei angeführten Einzelbestimmungen für seine These nicht voll beweisend,

2. seien sie aus der betr. Sondermaterie zu erklären, was durchaus keinen Schluß auf ein allgemeines weittragendes Prinzip gestatte,

3. handle es sich bei diesen drei Beispielen um die „Abschwächung eines an sich aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen notwendig fließenden Präjudizialverhältnisses, die im Interesse des Berechtigten zugelassen wird". Eine solche Abschwächung dürfe aber ein durch konkrete Einzelvorschrift positiv neugeschaffenes Abhängigkeitsverhältnis (wie es die Vertragstheorie für den Wandlungsanspruch behaupte) nicht erfahren.

4. Schließlich könne mit Hilfe eines Satzes des römischen Zivilrechtes die prozessuale Verbindung des modernrechtlichen Anspruchs auf Abschluß und auf Durchführung des Wandlungsvertrags nicht begründet werden.

Kohler. Kohler geht nicht vom römischen Recht aus, sondern leitet aus allgemeinen Prinzipien des geltenden Reichsprozeßrechtes den Satz ab:

> „Es ist völlig gestattet, nicht nur den Beklagten zur Vertragsschließung zu verurteilen, sondern ihn weiter zu verurteilen, das zu zahlen, was er auf Grund des so geschlossenen Vertrags schuldig wird."

Einer vermeintlichen elegantia juris wegen seien die Prozesse nicht zu vervielfachen, da zu viele Prozesse ein nationales Unglück seien, zumal wenn sie formalistischen Erwägungen ihr Dasein verdanken.

Ihn bekämpft Haymann, indem er auf den positiven Rechtssatz hinweist, daß grundsätzlich nur die actio nata ein Recht auf Zuerkennung durch Richterspruch gewähre, daß also alle Ausführungen Kohlers rechtspolitische Erwägungen seien, die de lege lata unberücksichtigt bleiben müssen, mögen sie wohl de lege ferenda höchst beachtenswert sein, wenn sie auch den Beklagten mit der eventuellen Verteidigung gegen den gar nicht entstandenen Anspruch belasten.

Auch den von Kohler ebenfalls für gangbar erklärten Weg, den Anspruch auf Rückzahlung im Gewande der Feststellungsklage zugleich mit der Leistungsklage auf Einwilligung in die Wandlung, möchte Haymann nicht beitreten.

Nach Kohler könnte etwa A begehren,

1. den Verkäufer zu verurteilen, in die Wandlung einzuwilligen und

2. festzustellen, daß der Verkäufer verpflichtet sei, nach Rechtskraft des ersten Urteils das Kaufgeld zurückzuzahlen, in welchem Falle A sofort nach Rechtskraft des ersten Urteils auf dem Wege der Zwangsvollstrekung aus dem Feststellungsurteile sein Kaufgeld beitreiben hönnte.

Haymann hält eine solche Feststellungsklage für undenkbar, weil

1. eine Rechtspflicht, die zur Zeit des Feststellungsprozesses weder bedingt noch unbedingt bestehe, im Prozeß nicht festgestellt werden könne,

2. ein solches Urteil über eine allgemeine Rechtsfrage und gar nicht über das Bestehen eines bestimmten Rechtsverhältnisses entscheiden würde.

Kloß. Dem von Kloß vorgeschlagenen Petitum:

> 1. den Beklagten zu verurteilen, mit der Wandlung sich einverstanden zu erklären,
>
> 2. wenn so erkannt werde, demgemäß den Preis zurückzugewähren,

tritt Haymann entgegen, indem er den sogen. eventuellen Klageantrag in diesem Falle ein prozessuales Unding nennt. Er weist auf die in Theorie und Praxis strittige Frage hin, inwieweit eventuelle Klagebitten überhaupt zulässig seien, betont aber dabei, daß es sich da lediglich um Anträge handle, die nur unter der Bedingung, daß ein primär gestelltes Klagebegehr abzuweisen sei, als gestellt gelten sollen, niemals aber um einen Klageantrag, den man unter der Bedingung stellen könne, daß ein zugleich gestelltes Petitum zuerkannt werde.

Hellwig. Auch die Begründung Hellwigs, der von § 259 ZPO. aus argumentiert, will Haymann nicht als stichhaltig gelten lassen, schon aus dem Grunde, weil Hellwig sich auf Kipp berufe, Kipps Darlegung aber (wie oben angeführt) höchstens den Standpunkt des römischen Zivilrechtes wiedergeben können.

Flechtheim. Sehr beachtenswert ist die eigenartige Begründung Flechtheims, die ihn zu dem Resultate führt, die Klagenkumulation sei möglich. Gegen die Ausführungen von Eccius:

> „Es gibt keine Klage auf Leistungen, die unter der Bedingung angestellt wird, daß der Verklagte einen Vertrag schließen werde, und ebensowenig kann unter der

> Bedingung, daß der Verklagte zu einem Vertragsschluß in demselben Rechtsstreite werde verurteilt werden, schon jetzt auf eine erst nach dem Vertragsschlusse zu beanspruchende Leistung geklagt werden"

erhebt Flechtheim den Einwand: nicht bedingte Erhebung des Anspruches liege vor, sondern der Anspruch selbst, d. h. der Anspruch auf Erfüllung des Wandlungsvertrages sei bedingt, der Wandlungsvertrag sei die condicio juris des Anspruches auf Rückgewähr der bereits bewirkten Leistungen; diese condicio juris sei erfüllt mit der rechtskräftigen Verurteilung zur Einwilligung in die Wandlung. Die Nativität des Anspruches auf Rückleistung liege deshalb nicht hinter der Rechtskraft des Urteils auf Abgabe der Vertragserklärung, sondern in derselben; in diesem Momente der Rechtskraft werde der Richter als judizierend gedacht, er schaffe Rechtswirkungen in dem Wandlungsvertragsschlusse und könne deshalb auch auf Grund dieser Rechtswirkungen weitere Verurteilung aussprechen. Die zweite Verurteilung erfolge, um mit der ersten rechtskräftig zu werden.

> „Alles, was dem rechtskräftigen Urteil vorausgeht, die Beratung, der Entwurf, das verkündete noch nicht rechtskräftige Urteil, sind Vorbereitungsakte aber noch kein Richterspruch."

Zu der Zeit der Rechtskraft aber, dem eigentlichen Moment der Entscheidung, sei die Existenz der mitverkündeten Folgen gegeben. Auf diesen Zeitpunkt der Rechtskraft sei alles zusammengedrängt.

Gegen diese Auffassung hat sich Matthiaß gewandt: Diese Deduktion enthalte nur eine petitio principii; denn das sei ja eben streitig, ob eine Klage auf Erfüllung erhoben werden dürfe, ob eine Prozeßverhandlung über diesen Anspruch stattfinden dürfe, ob der Richter ein Urteil über ihn sprechen dürfe. Daß es aber der Fall sei, habe Flechtheim nicht bewiesen, er setze es nur voraus und gerate so in Widerspruch mit der Auffassung der Vertragstheorie.

In scharfer Weise bekämpft Haymann die Deduktion Flechtheims.

1. In erster Linie weist er darauf hin, daß Flechtheim völlig den Zeitpunkt verkenne, den der erkennende Richter bei Entscheidung der Frage nach der Begründetheit des Klaganspruches zugrunde zu legen hat.

a) Der Zeitpunkt der Rechtskraft des zu erlassenden Urteils sei hier nicht maßgebend, weil er (abgesehen von letztinstanzlichen

Entscheidungen) in vielen Fällen zur Zeit der Fällung des Urteiles „noch ganz in Dunkel gehüllt" sei.

b) Selbst, wenn man entgegen dem Reichsgerichte mit Gaupp-Stein annehmen wollte, es könne auch ein Anspruch durch Urteil zugesprochen werden, dessen Fundament zur Zeit der Klagerhebung überhaupt noch nicht bestand, so müsse doch dieses Fundament wenigstens in der letzten mündlichen Verhandlung bestanden haben und vorgetragen sein, nicht aber dürfe der Richter erst durch die Verkündung einer Entscheidung in demselben Prozesse den Rechtsgrund für den weiter geltend gemachten Anspruch erst erzeugen, um ihn dann auszusprechen. Denn nicht sollte der Richter einer Partei die Unterlagen für ihren Anspruch erst erwirken, sondern nur darüber urteilen, ob die von der Partei vorgetragenen Unterlagen den Anspruch rechtfertigen oder nicht. Wenn auch hierüber gestritten werde, so sei doch die Ansicht bisher unbestritten geblieben, daß ein Klaganspruch nicht zuerkannt werden könne, dessen Nativität erst nach der Verkündung des Urteils liege.

c) Vor der Rechtskraft des auf Abschluß des Wandlungsvertrages verurteilenden Erkenntnisses sei also der Anspruch auf Rückzahlung noch nicht begründet. Spreche der Richter trotzdem die Verurteilung zur Rückzahlung aus, so könne er „diesen elementarsten Verstoß gegen die obersten Prozeßgrundsätze" nicht damit rechtfertigen, daß der bloße „Vorbereitungsakt" der Verkündung des Urteils bestimmt sei, erst mit der Rechtskraft des ersten Urteils „wirksam" d. h. rechtskräftig zu werden; denn § 312 ZPO. lautet:

> „Die Wirksamkeit der Verkündung eines Urteils ist von der Anwesenheit der Parteien nicht abhängig. Die Befugnis einer Partei, auf Grund eines verkündeten Urteils das Verfahren fortzusetzen oder von dem Urteil in anderer Weise Gebrauch zu machen, ist von der Zustellung an den Gegner nicht abhängig, soweit nicht dieses Gesetz ein anderes bestimmt."

Also zeige doch dieser Paragraph deutlich, daß das verkündete Urteil schon durch definitive Erledigung der Instanz für sämtliche Prozeßbeteiligte, Richter wie Parteien, die einschneidendsten Wirkungen äußere.

d) Schließlich entscheide über den Zeitpunkt der Rechtskraft jeder Einzelentscheidung nicht der Instanzrichter, sondern die freie Disposition der Parteien, so daß der Richter, der in dem fraglichen Sinne entscheiden würde, keinerlei Gewähr dafür habe,

daß wirklich seine Verurteilung erst mit der Rechtskraft des ersten Urteils rechtskräftig werde (des ersten Urteils auf Abschluß des Wandlungsvertrages).

2. Mit Recht verweist Haymann ferner darauf, daß es nicht angängig ist, in dem Verhältnisse zwischen Kostenentscheidung und Entscheidung zur Hauptsache ein Analogon zu unserem Fall finden zu wollen; denn

a) beruht die Regelung der Kostenentscheidung auf positiver Vorschrift des Prozeßrechtes,

b) auf der besonderen Natur der erst durch den Prozeß selbst entstehenden Pflicht zur Kostentragung. Eine analoge Anwendung auf die prozessuale Behandlung von außerhalb des Prozesses entstehenden Privatrechtsansprüchen ist darum nicht zulässig.

3. Auch der Ausweg: Erlaß eines Teilurteils, ist nach Haymann versperrt; „denn da schon zur Zeit des Teilurteiles (das den Anspruch auf Einwilligung in den Wandlung zusprechen müßte) auch der zweite Klaganspruch zur Endentscheidung reif war, so müßte der Richter durch einheitliches Urteil den ersten Anspruch zuerkennen, den zweiten abweisen, für ein Teilurteil wäre kein Raum (§ 300, 301 ZPO.).

4. Die von Flechtheim als Analogien beigezogenen Hinweise auf andere Klagenverbindungen erklärt Haymann für verkehrt mit der Begründung:

> „Der Unterschied zwischen unserem Falle und den von Flechtheim herangezogenen Beispielen, in denen kraft des Richteramts Geschäfte reszindiert und zugleich die Folgen der Reszission ausgesprochen werden, liegt eben darin, daß hier nicht erst die richterliche Reszission jene letzteren Ansprüche zur Entstehung bringt, diese vielmehr schon auf dem geltend gemachten Rechte auf Reszission beruhen.“[1])

Simeon. Auch die Ansicht Simeons sei kurz angeführt. Er tritt ebenfalls ein für die prozessuale Verbindung der Ansprüche auf Abschluß und auf Durchführung des Wandlungsvertrages auf der Grundlage der Vertragstheorie.

Der Richter erzeuge, meint er, den Vertragswillen des Verkäufers und bringe so die zur Vollziehung der Wandlung nötige Willenseinigung zustande. Durch seine auf Grund der hierdurch geschaffenen Rechtslage gewonnene gleichzeitige Entscheidung über die von den Parteien erhobenen Ansprüche, beispielsweise die

---

[1]) vgl. Haymann S. 524.

Verurteilung des Verkäufers zur Rückzahlung des Kaufpreises gegen Wiederempfang der Kaufsache, trage er aber zugleich Sorge für die Erfüllung des so zustande gekommenen Wandlungs- oder Minderungsvertrages. Nur dieses Schlußergebnis der richterlichen Tätigkeit würde in der Urteilsformel zu erscheinen haben.

Nur beachtet oder sagt hier Simeon nicht, wie überhaupt, oder wie der Richter anders als durch rechtskräftiges Urteil den Vertragswillen des Verkäufers ersetzen kann.

In ähnlicher Weise und mit im wesentlichen gleichen Argumenten wie Haymann bestreiten namentlich Lobe, Staub, Werner, Heuer und Matthiaß die Möglichkeit dieser Klagenkumulation. Namentlich aber behauptet Eccius auf das nachdrücklichste, die Verbindung dieser Klagen „sei mit der rechtlichen Logik unverträglich", „die klageweise Geltendmachung von Rechten aus einem Vertragsschluß, bevor der Vertrag geschlossen ist, widerspricht sich selbst"; „es kann nicht neben dem Rechte auf Vertragsschluß auch ein Recht aus dem Vertrage geltend gemacht werden." Ihm schließt sich Langheineken an, der besonders den Versuch kritisiert, „die Leistungsklage aus einem noch gar nicht entstandenen Anspruch als ganz allgemein auf ZPO. § 259 begründet hinzustellen". Er hält den Nachweis nicht für erbracht:

> „denn erstens muß die Konstruktion des Wandlungsrechtes sich aus dem Bürgerlichen Gesetzbuch allein und ohne Rücksicht auf die Vorschrift des § 259 ZPO. ableiten lassen, da diese bei Emanation des Bürgerlichen Gesetzbuch überhaupt noch gar nicht in Aussicht genommen war; zweitens ist kein Grund erfindlich, weshalb in § 259 ZPO., abweichend von § 257 und § 258, unter ‚Klage auf künftige Leistung' nicht eine Klage aus einem Anspruch auf künftige Leistung, sondern eine Klage aus einem künftigen Anspruch zu verstehen sein sollte; drittens wird an den Stellen des neuen Rechtes, wo die klageweise Geltendmachung eines Anspruches in Verbindung mit einer Klage, von deren erfolgreicher Durchführung die Entstehung dieses Anspruches erst abhängt, in Frage kommen könnte, diese Verbindung mit aller Deutlichkeit abgelehnt, wie einmal aus § 1422 cjt. § 1418 zu folgern ist, sodann auch § 615 Abs. 2 ZPO. unmittelbar ausspricht."[1])

[1]) Langheineken S. 217/18; Schollmeyer, Recht der Schuldverhältnisse 2. Aufl. S. 31.

§ 44.

Trotz aller dieser zum Teil sehr scharfsinnigen, in jedem Falle aber beachtenswerten Einwürfe soll auch in dieser Arbeit dieser wichtigen Frage noch einmal nähergetreten werden. Man wird sich zwar nicht auf den siegessicheren Standpunkt Oertmanns stellen dürfen, der den Beweis der Zulässigkeit dieser Klagenkumulation für vollständig erbracht hält, indem er sagt: „Es hieße Eulen nach Athen tragen, diese schon oft widerlegte Behauptung (es seien zwei voneinander getrennte Klagen anzustrengen) noch einmal zu widerlegen." Aber ich wäre geneigt, mit Schroeder die Begründung Kuhlenbecks für eine Lösung des Problems zu halten, wobei neben sachlichen Erwägungen ein mitbestimmender Grund der sein mag, daß auch Dernburg diese Argumentation angenommen hat, und daß sie selbst von überzeugten Gegnern der Vertragstheorie, wie Lobe und Thiele, nicht abgewiesen wurde.

Diese Argumentation geht ungefähr folgenden Weg.

Kuhlenbeck. Die in Rede stehende Klagenverbindung ist möglich, wenn man ausgeht von § 259 ZPO.:

> „Klage auf künftige Leistung kann . . . erhoben werden, wenn den Umständen nach die Besorgnis gerechtfertigt ist, daß der Schuldner sich der rechtzeitigen Leistung entziehen werde."

Soviel ist zuzugeben, daß der Anspruch auf Rückerstattung des Kaufpreises von einer Verurteilung zur Einverständniserklärung abhängig ist. Trotzdem ist die Erhebung der Klage auf diese „künftige Leistung" zulässig, da eben nach den Umständen die Besorgnis gerechtfertigt erscheint, daß der Verkäufer im Falle seiner Pflichtverweigerung, den Wandlungsvertrag zu erfüllen, sich der rechtzeitigen Leistung aus diesem Vertrage entziehen werde. Nach § 260 der ZPO. aber ist eine Verbindung dieser Klage auf künftige Leistung mit der auf Einverständniserklärung möglich.

Dernburg. Dernburg schlägt sonach direkt folgenden unbedingten Antrag vor:

> „Den Beklagten zu verurteilen, in die Wandlung des Kaufvertrages einzuwilligen und demgemäß an Kläger den Kaufpreis gegen Rückgabe der Sache zurückzuzahlen."

Oertmann. Dernburg hat demnach Oertmann auf seiner Seite, der seinen Standpunkt verteidigt, indem er

1. auf § 259 ZPO. hinweist,

2. betont, daß es auch im Sinne der Vertragstheorie keineswegs an dem Rechtsgrunde für die Rückgabepflicht annoch fehle; denn, so schließt er:

> Auf die Wandlung hat der Käufer einen gegenwärtigen Anspruch.
>
> Selbstverständliche Folge der Wandlung ist die Rückgabepflicht.
>
> Will also der Käufer die Wandlung, so ist die Entstehung der Rückgabepflicht bereits entschieden.

Daß der Käufer aber Wandlung will, beweist ganz unzweideutig die Klageanstrengung.

> „Es trifft daher die Bemerkung Haymanns, daß die Rückgabepflicht des Verkäufers ‚zur Zeit des Feststellungsprozesses überhaupt noch jeden Rechtsgrundes entbehrt, also auch noch nicht bedingt besteht' (S. 526) nicht zu",

um so weniger, als der Käufer verpflichtet war, die Wandlung durch ungesäumtes Eingehen auf das Wandlungsbegehren herbeizuführen, diese also durchaus nicht mehr von seinem freien Willen abhing:

> „Entzog er sich dieser Pflicht, so kann er daraus unmöglich Vorteile für sich herleiten, ebensowenig wie jemand, der den Eintritt einer ihm zum Nachteil gereichenden Bedingung wider Treu und Glauben verhindert (§ 162 BGB.)."

Haymann hat der Begründung Kuhlenbecks entgegengehalten,

1. daß die Anwendung des § 259 der ZPO. auf bedingte Ansprüche überhaupt strittig sei, und

2. daß hier überhaupt kein Anspruch, also auch kein bedingter vorliege.

Schroeder räumt nun auch ein, daß tatsächlich erst „der Abschluß des Gewährleistungsvertrages die von der Rechtsordnung geschaffene Voraussetzung für den Eintritt der genannten Verpflichtung bildet".[1])

Aber dürfte nicht trotzdem § 259 ZPO. hier anwendbar sein?

Stein verteidigt die Zulässigkeit der Anwendung des Paragraphen auf bedingte Ansprüche wie folgt:

> „Der Wortlaut verweist zwar auf ‚künftige rechtzeitige' Leistung, und die Begründung spricht nur von der Fälligkeit; aber es ist darin ein zwingender Beweis-

[1]) Haymann S. 516; Schroeder S. 45.

grund nicht zu erblicken. Von künftiger rechtzeitiger Leistung kann man ohne Zwang auch bei bedingten Ansprüchen reden, da auch bei ihnen eine natürliche, in der Bedingung mitenthaltene Befristung besteht, und die Begründung beschränkt sich hier wie oft auf eine Umschreibung des Gesetzes, die der äußersten Schärfe des Ausdrucks entbehrt." [1])

Wenn man diese Ausführungen auf die in Rede stehende Frage beziehen darf, so kommt man auf natürlichem Wege zu folgendem Resultate.

Von einer Bedingung,[2]) condicio im juristisch technischen Sinne kann zwar hier nicht die Rede sein, die Rückgewähr der bereits bewirkten Leistungen ist aber abhängig von einem „künftigen" Ereignis, der rechtskräftigen Verurteilung zur Einverständniserklärung. Es liegt also auch hier, soferne das Wandlungsbegehren überall begründet ist, eine natürliche Befristung vor. Die Zulässigkeit einer extensiven Auslegung, welche das „künftig" auf „natürliche Befristung" erstreckt, vorausgesetzt, darf sicher auch das Hinausgehen über das „bedingt" im juristischen Sinne gerechtfertigt scheinen, zumal, wenn man mit Oertmann sagt, daß bei Erhebung der Klage auf Einverständniserklärung die tatsächliche Entstehung der Rückgabepflicht schon entschieden ist.[3])

Nach dieser Auffassung des § 259 ZPO. dürften auch die Bedenken Langheinekens[4]) schwinden. Nur auf eines sei hier hingewiesen! Der Umstand, daß die Vorschrift des § 259 ZPO. „bei Emanation des BGB. überhaupt noch gar nicht in Aussicht genommen war", dürfte m. E. nicht gegen die Anwendbarkeit des § 259 sprechen. Es müßte denn bewiesen werden, daß diese spätere Vorschrift zur Vereinfachung eines früher geregelten Rechtsgebietes, hier des Wandlungsrechtes, durchaus nicht anwendbar sein sollte und wollte.

Nun hat Lobe[5]) und ihm folgend auch Haymann[6]) den Angriffspunkt gefunden.

---

[1]) Gaupp-Stein Bd. 1 S. 549.

[2]) „Bedingung ist eine rechtsgeschäftliche (individuelle) Erweiterung des Tatbestandes durch einen objektiv ungewissen, zukünftigen Tatumstand, von dessen Eintritt oder Nichteintritt die Entstehung oder Endigung einer Rechtswirkung abhängig gemacht wird." Dernburg, Pand. I § 105; Kuhlenbeck, BGB. S. 103.

[3]) Mit Schroeder und Oertmann a. a. O.

[4]) Langheineken S. 218.

[5]) Lobe S. 9.

[6]) Haymann S. 519.

Wenn der Verkäufer sich weigere, sein Einverständnis in den Wandlungsvertrag zu erklären, also den Rechtsgrund für die Leistungspflicht freiwillig zu schaffen, so sei in dieser Weigerung noch keineswegs die Besorgnis begründet, daß der Schuldner sich der Zahlung entziehen werde.

Auch dieser Einwurf kann entkräftet werden:

> „Entscheidend ist nur, daß der Kläger ohne die Verurteilung zur künftigen Leistung voraussichtlich genötigt sein würde, im Zeitpunkte der Fälligkeit eine Leistungsklage zu erheben. — Diese Voraussicht besteht namentlich dann, wenn der Schuldner ernstlich das Bestehen seiner Pflicht bestreitet."

Aber gerade dadurch, daß der Verkäufer sich weigert, die Einwilligung in den Wandlungsvertrag zu erklären, gibt er doch klar seine Absicht kund, daß er von einer Rückgewähr der bereits erhaltenen Leistung, worauf doch in der Praxis schließlich sein Hauptinteresse beruht, nichts wissen will, so daß die Besorgnis des Käufers, er werde sich der rechtzeitigen Leistung entziehen, ganz gerechtfertigt scheint; und die Gegenmeinung, der Verkäufer, der es hinsichtlich der Einverständniserklärung in den Wandlungsvertrag auf seine Verurteilung ankommen ließ, wird dann, lediglich zu dieser Einverständniserklärung verurteilt, immer widerstandslos auch die tatsächliche Rückleistung bewirken, klingt wenig wahrscheinlich; denn „Besorgnis" ist ja nie ein sicheres Wissen. Eine Klage auf künftige Leistung könnte ja dann fast nie erhoben werden, weil ja der Schuldner in den meisten Fällen die Besorgnis des Gläubigers durch rechtzeitige Zahlung beseitigen kann.[1])

Demnach steht der Klagenkumulation kein Bedenken entgegen. Es dürfte der Nachweis erbracht sein, daß die gleichzeitige Erhebung der beiden Klagen

a) auf Abgabe der Einverständniserklärung,

b) auf Rückerstattung des Kaufpreises

möglich und rechtlich zulässig ist, ein Resultat, das um so erfreulicher ist, als damit alle Gründe fallen, welche die Gegner aus der schwerfälligen ja unerhörten Art und Weise der prozessualen Geltendmachung des Wandlungsanspruches gegen die Vertragstheorie ins Feld geführt haben.

§ 45.

Die Ausführlichkeit, mit der die Frage der Möglichkeit der Klagenverbindung hier dargestellt wurde, läßt erkennen, daß in

[1]) Im Sinne von Kloß S. 18; Schroeder S. 46, 47.

dieser Arbeit die Ansicht vertreten wird, daß die Gewährleistungsklage, ihrer äußeren Gestaltung nach, gerichtet sein muß

1. auf Abschluß des Wandlungsvertrages,
2. auf Rückgewähr der bewirkten Leistung.

Auch hier gibt es ja eine Kontroverse. Auch Vertreter der Vertragskonstruktion haben die Meinung verfochten, daß es genüge, wenn der Käufer von dem Verkäufer die Rückzahlung des schon Geleisteten klageweise begehrt. Der Richterspruch, der die Verpflichtung des Verkäufers zur Rückgewähr ausspricht, soll dessen Einverständniserklärung ersetzen. Mir scheint das Klagebegehren:

Den Verkäufer zu verurteilen,

a) sein Einverständnis in das Wandlungsverlangen des Käufers zu erklären,

b) dem Käufer die bereits bewirkte Leistung zurückzugewähren,

das einzig konsequente, weshalb auf die gegenteilige Meinung[1]) zwar verwiesen aber nicht näher eingegangen sei.

§ 46.

Schließlich sei noch die Frage nach der vorläufigen Vollstreckbarkeit gestreift:

Auch aus der Unzulässigkeit der vorläufigen Vollstreckbarkeit schöpfen die Widersacher der Vertragstheorie ein Argument gegen die Konstruktion. Die Vertreter der Theorie haben die Zulässigkeit teils[2]) bestritten, teils[3]) anerkannt. Namentlich Kipp hat m. E. überzeugend nachgewiesen, daß einer vorläufigen Vollstreckbarkeit nichts im Wege steht, und auch Oertmann ist zu diesem Ergebnis gekommen, indem er ausführt, dieses Argument der Gegner der Vertragskonstruktion,

> „etwas kümmerlich an sich, scheitert schon daran, daß die nach den bekannten Vorschriften der §§ 708 ff. ZPO. regelmäßig eintretende vorläufige Vollstreckbarkeit natürlich dann zurücktreten muß, wenn das in Frage stehende Urteil seinem Inhalt nach sie nicht verträgt. Aber in Wahrheit ist hier die vorläufige Vollstreckbarkeit nicht einmal ausgeschlossen. Sie bewirkt nur nicht, daß die Rückleistung sofort nach Erlaß des Urteils erzwungen werden kann. Denn nach § 894 ZPO. ersetzt erst das

---

[1]) Endemann S. 995; Goldmann-Lilienthal S. 500; RG. i. Civils. 39 S. 188; Schroeder S. 48.

[2]) Flechtheim S. 75; Oertmann modif. S. 186.

[3]) Stahl S. 26; Windscheid-Kipp II S. 657; Schroeder S. 49.

rechtskräftige Urteil die fehlende Zustimmung des Beklagten; mit dem Moment des Rechtskrafteintritts erst und nicht früher kann die Erklärung als abgegeben gelten.[1]) Damit ist für die im Urteil auferlegte Rückgewähr ein für allemal ein dies aquo certus an incertus quando aufgestellt, — sie kann erst in dem Moment erzwingbar eintreten, in dem das Urteil rechtskräftig geworden und damit die Wandlung vollzogen ist. Diese Schranke muß natürlich auch die vorläufige Vollstreckbarkeit respektieren; sie muß das ebenso, wie sie an eine sonstige im Urteil enthaltene zeitliche oder inhaltliche Beschränkung gebunden sein würde. Unmöglich kann ein mich zur Räumung am 1. April verurteilendes Erkenntnis auf Grund der vorläufigen Vollstreckbarkeit schon vorher, etwa am 1. März, zu meiner Exmission verwertet werden. Und nicht anders ist es in unserem Fall. Der Möglichkeit vorläufiger Vollstreckbarkeit überhaupt und ihrer Bedeutung in anderer Richtung, z. B. wegen der Kosten, tut das natürlich keinen Abbruch.[2])

So wäre auch hinsichtlich dieses Punktes der Vertragstheorie kein Stein im Wege.

Es bleibt noch zu betonen, daß im Falle der klageweisen Durchführung des Gewährleistungverlangens das auf Wandlung oder Minderung erkennende Urteil das Wahlrecht des Käufers konsumiert.[3])

Was den Gerichtsstand der Gewährleistungsklagen, insbesondere mit Rücksicht auf § 29 ZPO., anlangt, sei auf Endemann I § 161 Anm. 43 S. 996 f.: Gaupp-Stein § 29 Bd. 1 § 84 und Goldmann-Lilienthal § 136 Anm. 5 S. 502 ff. verwiesen.

Resultat.

§ 47.

Als Resulsat dieser Untersuchung steht demnach fest:

Die Kommission für die zweite Lesung des Entwurfes des Bürgerlichen Gesetzbuches hat den Wandlungsanspruch

[1]) vgl. Gaupp-Stein zu § 894.
[2]) Oertmann, Das Recht 1904 Nr. 1 S. 5.
[3]) Oertmann S. 191; Schroeder S. 50; contra Eccius S. 331.

konstruiert als einen Anspruch (§ 194 BGB.) des Käufers auf Einverständniserklärung des Verkäufers in den Wandlungsvertrag.

Das Wandlungsverlangen des Käufers ist ein Vertragsantrag (Offerte); die §§ 145—151 finden Anwendung. „Verlangen" ist eine empfangsbedürftige einseitige Willenserklärung.

Die Abgabe der Einverständniserklärung seitens des Verkäufers kann gerichtlich erzwungen werden nach § 894 ZPO.

Die Kommission hat dieser ihrer Auffassung unverkennbaren Ausdruck gegeben, und ihre Konstruktion ist in das Gesetz übergegangen.

Demnach kommt das Gewährschaftsrecht der Wandlung zur Entstehung mit dem Kaufvertrag, sofern objektiv feststeht, daß ein Mangel vorhanden und bis zum kritischen Zeitpunkt (Übergang der Gefahr; § 459 Abs. 1 Satz 1) nicht mehr zu heben ist.[1])

Wenn auch zugegeben werden darf

a) einmal, daß die Kommission sich über die letzten Konsequenzen ihrer Konstruktion vielleicht nicht völlig im klaren war, und

b) zweitens, daß diese Konsequenzen in der Praxis zu Mißlichkeiten führen könnten, da im Falle einer gerichtlichen Durchführung des Wandlungsanspruches eigentlich zwei Klagen erhoben werden müssen, um zur tatsächlichen Rückgewähr zu gelangen, indem der Rückgewähranspruch sich als ein Recht aus der Wandlung darstellt,

so ist es doch nicht angängig, aus diesen Erwägungen die ganze Theorie aus dem Gesetze herauskonstruieren zu wollen, zumal ein die Mißlichkeiten beseitigender, nämlich der in Anwendung der §§ 259, 260 ZPO. mögliche Weg der Klagenkumulation offensteht.

Es darf wohl nicht überflüssig scheinen, hier zu konstatieren, daß dieses Resultat hauptsächlich aus den Feststellungen und Zugeständnissen der Gegner der Vertragstheorie gewonnen wurde, wie die jeweils angegebenen Belegstellen deutlich zeigen, ein Umstand, der jedenfalls die Objektivität der Beweisführung dokumentiert.

---

[1]) vgl. hierzu noch Crome S. 459; Eccius S. 315; Matthiaß S. 495f.; Werner S. 339; Schöller in Gruchot 46 S. 15; Langheineken S. 238.

Nachtrag. Die Behandlung der Frage in der Praxis.

§ 48.

Von großem Interesse muß natürlich auch die Behandlung dieser äußerst wichtigen Frage in der Praxis sein. Leider sind positive Erkenntnisse, die eine Lösung des Problems enthielten oder wenigstens zur Klärung beitrügen, so gut wie gar nicht vorhanden.

Es seien zwei Beispiele, welche die Frage berühren, angeführt, im übrigen sei auf Soergels[1]) Zusammenstellung verwiesen:

1. „Der Käufer kann dem Verkäufer Wandlung und Minderung nebeneinander (nach Wahl des Verkäufers) antragen. Ist der Wandlungsvertrag zustande gekommen, so ist einerseits der Anspruch des Verkäufers auf den Kaufpreis erloschen, er hat nur noch ein Recht auf Rückgewähr der Kaufsache; anderseits ist das Recht des Käufers auf Minderung des Preises untergegangen. Dieses Recht kann naturgemäß das Recht auf Forderung des Kaufpreises nicht überdauern. Der Käufer kann daher, wenn er sich nach vollzogener Wandlung entschließt, die Kaufsache zu behalten, nicht mindern und nur den wahren Wert der Kaufsache bezahlen wollen, sondern er muß ebenso wie im Falle der Versäumung der Rückgewährfrist (§ 354 BGB.) den Kaufpreis erlegen. OLG. Marienwerder, 19. Mai 1903; J. M. f. P. 1903 S. 106; Seufferts Archiv Bd. 58 Nr. 230."

2. „Ein Anspruch auf Wandlung eines Kaufvertrages ist grundsätzlich nur hinsichtlich schon gelieferter Waren gegeben. Der aus einem Sukzessivlieferungsgeschäft in Anspruch genommene Käufer, welcher vier angeblich minderwertige Fahrräder geliefert erhalten hat, kann daher die Abnahme der noch zu liefernden sechs Räder nicht mit der Erklärung verweigern, daß er wegen Mangelhaftigkeit der bereits gelieferten vier Räder vom Vertrage

[1]) Soergel, Rechtsprechung 1903 S. 94ff.

zurückgetreten sei. OLG. Posen, 8. Juni 1903, Das Recht 7 S. 400; Seuff. Arch. Bd. 58 Nr. 229.“ [1])

Diese beiden Entscheidungen sind insofern interessant, als sich namentlich die erste ausdrücklich auf den Standpunkt der Vertragstheorie stellt. Das Reichsgericht hat, wie bereits eingangs erwähnt, eine prinzipielle, grundlegende Entscheidung noch nicht getroffen.

Man darf sich da wohl folgende Erwägungen vergegenwärtigen:

1. Die Erfahrung beweist so gut wie der Zweck und Charakter des Kaufgeschäftes, daß weder Käufer noch Verkäufer ein Interesse an dem Abschluß eines Wandlungsvertrages haben.

2. Es besteht kein Zweifel, daß die Gegentheorie, wenn sie auch noch des Ausbaues bedürfte, einen einfacheren Weg angibt, um zu dem (auch von der Vertragstheorie in letzter Linie gewollten) Ziel der tatsächlichen Rückgewähr der bereits bewirkten Leistung zu gelangen.

3. Ebenso selbstverständlich ist es nach all dem Gesagten, daß der Text des Bürgerlichen Gesetzbuches für sich allein in diesem und jenem Sinne ausgelegt werden kann. Das beweist ja der ganze herrschende Streit der Theoretiker.

4. Begreiflich und natürlich ist es, daß die Praxis die einfachste Lösung einer theoretischen Streitfrage zu finden strebt.

5. Die Möglichkeit ist vorhanden, sich nach den zu Anfang der Arbeit angeführten Grundsätzen vollständig über die Materialien des Gesetzbuches hinwegzusetzen, hier um so leichter, als beide Parteien dieselben für sich in Anspruch nehmen.

So wäre es m. E. nicht gar sehr verwunderlich, wenn das Reichsgericht in seiner Entscheidung sich von den eben angeführten Gesichtspunkten leiten ließe und so im Sinne der Gegner der Vertragstheorie entscheiden würde. Diese Vermutung findet zudem Nahrung einmal in Äußerungen des Reichsgerichtes,[2]) die leicht diese Deutung zulassen, dann auch in Äußerungen eines erfahrenen Praktikers.[3]) Aber es muß trotz alledem betont

[1]) Soergel S. 94.

[2]) Juristische Wochenschrift 1903 Beil. S. 58 Entsch. 134: „Die Schwierigkeit in diesem Falle liegt nur in der Frage der Vollziehung der Wandlung“; ebenda Beil. S. 68 Entsch. Nr. 157. „Es kann dahingestellt bleiben, ob nach den Bestimmungen des BGB. . . . der Käufer einer mit physischen Fehlern behafteten Sache auf Einwilligung des Verkäufers in die Wandlung klagen darf, oder ob nicht vielmehr, wie nach bisherigem Recht, die Klage auf Rücknahme der Sache und Erstattung der Gegenleistungen zu richten ist . . .“

[3]) Spahn, Akad. Mon.-Blätter 1903 Nr. 9 S. 197: „Das Reichsgericht hat die Sache noch nicht entschieden, seine Rechtsprechung

werden, daß eine Entscheidung im Sinne der Restitutionstheorie im Widerspruche mit dem Gesetze stände.

---

dürfte jedoch aus praktischen Erwägungen nach der umgekehrten Richtung gehen. Der Wortlaut des BGB. ist dafür kein Hindernis"; ferner in privater Mitteilung: „Es ist ausreichend, daß behauptet wird, die gesetzlichen Voraussetzungen der Wandlung liegen tatsächlich vor, und beantragt wird, die Folgen der Wandlung: Rückauflassung des Grundstücks z. B. gegen Rückzahlung des Kaufpreises im Urteil auszusprechen". Bezeichnend ist übrigens, daß Spahn trotz seiner Auffassung die Rückleistung „Folge" der Wandlung nennt.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.